

# Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo\*

VINCENZO ROPPO\*\*

Sumario. I. El derecho europeo de los contratos y los contratos con el consumidor: dos interrogantes. II. La regulación europea de los contratos B2B: diferentes perspectivas normativas. III. La disciplina europea de los contratos B2B: la protección de una empresa como parte débil del contrato. IV. De la protección al consumidor a la protección al cliente: Disciplina de los contratos S2C (*Supplier to Customer*). V. Directivas sobre los contratos S2C. VI. El Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). VII. Contratos con el consumidor vs. contratos asimétricos en el *Soft Law* contractual europeo. VIII. Re-discutiendo el área cobijada por las normas sobre cláusulas contractuales abusivas. IX. Una respuesta tentativa al primer interrogante. X. Una respuesta tentativa al segundo interrogante. XI. Observaciones finales.

## Resumen

El autor discute dos interrogantes. El primero es una pregunta de hecho ¿los contratos con el consumidor aún representan la categoría central y privilegiada que solían representar en el derecho contractual europeo? Una posible respuesta se da señalando el

\* Traducción del inglés, MARÍA ANGÉLICA MORENO CRUZ

El presente artículo fue publicado en, ROPPO V., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, en *European Review of Contract Law*, 3, 2009, pp. 304-349.

\*\* Profesor Ordinario, Departamento de Derecho Privado, Internacional y Comercial "G.L.M. Cassaregi", Sección de Derecho Privado, Facultad de Derecho, *Università degli Studi di Genova*, Italia. Correo electrónico: [vincenzo.ropo@unige.it]

Fecha de recepción: 30 de octubre de 2010. Fecha de aceptación: 24 de febrero de 2011.

aumento de normas contractuales donde la parte protegida con respecto a una empresa dominante no es (necesariamente) un consumidor sino que es, a su vez, una empresa (más débil) (contratos desequilibrados entre empresas) o, más a menudo, un cliente que adquiere bienes o servicios en el mercado (contratos entre proveedor y cliente). Esta situación se evidencia en el número de Directivas y Reglamentos así como en el DCFR y en los PECL y también en normativas nacionales, como por ejemplo, aquellas relativas a la reforma de la legislación sobre las cláusulas abusivas en el Reino Unido. La conclusión a la que se llega es que el legislador europeo se concentra cada vez más en los contratos asimétricos en lugar de hacerlo en los contratos con el consumidor; los contratos asimétricos son relaciones contractuales entre una empresa dominante y otro sujeto del mercado (sea o no un consumidor), que se encuentra en condiciones de desigualdad en cuanto a su poder contractual, en razón de su posición objetiva en el mercado. La categoría de los contratos con el consumidor tiende, entonces, a perder su centralidad y su preponderancia tradicionales en el marco del derecho europeo de los contratos. El segundo interrogante consiste en evaluar si este proceso es o no conveniente. El autor argumenta que es conveniente tanto política como técnicamente: desde el punto de vista político, este proceso amplía el campo de regulación del mercado, la cual está orientada hacia objetivos de justicia y de eficacia; desde el punto de vista técnico, éste puede ayudar al sistema contractual a afrontar el riesgo, cada vez más alto, de fragmentación, ocasionada por el régimen especial de los contratos con el consumidor, recuperando así, su unidad y su coherencia.

Palabras clave: Contratos, contrato asimétrico, contratos con el consumidor, consumidor, derecho europeo, derecho comunitario.

#### FROM CONSUMER CONTRACTS TO ASYMMETRIC CONTRACTS: A TREND IN EUROPEAN CONTRACT LAW?

##### Abstract

The author discusses two questions. The first is a question in fact: do 'consumer contracts' still represents the central and privileged category they used to be in European contract law? A tentative answer is giving, by pointing out the increasing number of contract regulations where the party given protection against a dominant business is not (necessarily) a consumer, but is a (weaker) business himself (unbalanced business-to-business contracts), or more often a client purchasing goods or services in the market (supplier-to-customer contracts). Evidence of this is taken from a number of Directives and Regulations, as well as from the CFR and PECL, and also from national regulatory experiences, such as relating to the reform of unfair terms legislation in the UK. The conclusion is that European legislator is more and more focusing on asymmetric contracts rather than on consumer contracts, whereby asymmetric contracts are all contracts relationships between a dominant business and another market player

(be he a consumer or a non-consumer) who suffers inequality of bargain depending of his objective market position. The category of consumer contracts tends therefore to lose its traditional centrality and predominance in the frame of European contract law. The second question implies evaluations as to whether such process is desirable or not. The author argues that it is desirable both politically and technically: from the political standpoint, it broadens the scope of market regulation oriented to justice and efficiency goals; from the technical standpoint it may help the contract law system to face the increasing risk of fragmentation induced by the special regime of consumer contracts, and recover unity and coherence.

Keywords: Contracts, Consumer Contracts, Assymetric Contracts, European Contract Law.

#### 1. EL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS Y LOS CONTRATOS CON EL CONSUMIDOR: DOS INTERROGANTES

De acuerdo con la opinión más generalizada, el acervo comunitario en el campo del derecho contractual puede identificarse total o al menos principalmente, con el acervo en materia del consumo, *i.e.*, con las Directivas que se ocupan de contratos con el consumidor (entre empresas y consumidor)<sup>1</sup>. Esta *idée reçue* tiene bases sólidas; el derecho europeo de los contratos –primordialmente aquel contenido en las Directivas– nació y se desarrolló principalmente como derecho del consumidor, destinado a la regulación de aquellas operaciones del mercado a las que nos referimos como B2C\*. Esta evolución parece indicar una clara distribución del rol de regulación entre la Comunidad y los Estados miembros; la regulación de los contratos B2C se lleva a cabo en el nivel comunitario, mientras que la regulación de las operaciones B2B\* (o en general, operaciones que no involucran necesariamente a un consumidor) debería dejarse a los Estados miembros<sup>2</sup>.

Los límites entre los dos territorios han sido protegidos celosamente por la Corte Europea de Justicia, no solamente al determinar que la legislación europea

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, M.B.M. LOOS, *The Influence of European Consumer Law on General Contract Law and the need for Spontaneous Harmonization On the Disturbance and Reconstruction of the Coherence of National Contract Law and Consumer Law Under the Influence of European Law*, en *European Review of Private Law*, 2007, pp. 515 ss.

\*(N. d. T.) Acrónimo que indica la expresión *Business to Consumer*.

\*(N. d. T.) Acrónimo que indica la expresión *Business to Business*.

<sup>2</sup> Desde esta perspectiva, puede mencionarse varias normas nacionales: en Italia, la Ley 192/1998 relativa a las relaciones de subministro (*subfornitura*) y la ‘independencia económica’ de una empresa frente a otra dominante o la Ley 129/2004 sobre contratos de franquicia; así como en Francia, la Ley 96-588 sobre lealtad y equilibrio en las relaciones comerciales.

sobre las cláusulas abusivas en los contratos con el consumidor, no puede aplicarse cuando la parte que es consumidor, es una persona jurídica y no una persona natural<sup>3</sup>, sino también, al establecer que ésta se aplica exclusivamente a las operaciones en las cuales la persona natural es un 'consumidor' en sentido estricto<sup>4</sup>. Las autoridades judiciales de los Estados parecen ser menos restrictivas en Italia<sup>5</sup> y en todos los países<sup>6</sup>.

La idea según la cual "el derecho contractual europeo es básicamente un derecho del consumidor"<sup>7</sup> y "el acervo en materia de consumo existente... constituye la parte más coherente dentro del acervo de derecho contractual de la Comunidad Europea"<sup>8</sup>, parece justificarse en el papel, indirecto pero significativo, que han desempeñado las instituciones comunitarias, con los resultados de un proceso que comenzó con la Comunicación de la Comisión Europea "Sobre el derecho contractual europeo" en julio de 2001<sup>9</sup> y el Plan de Acción que ésta misma lanzó en febrero de 2003<sup>10</sup>. Los dos documentos se ocupan de las acciones de la Comunidad relacionadas con el 'derecho contractual' en su significado general. El acervo comunitario que éstos asumen como la base y el objeto del trabajo de sistematización, es fundamental. El anexo I de la Comunicación de 2001 enuncia un número considerable de Directivas y las clasifica en diez grupos; solamente uno se refiere al derecho de los contratos con el consumidor; de los nueve grupos restantes, algunos conciernen principalmente a materias no contractuales, pero la mayoría

<sup>3</sup> CAPE VS. IDEAL SERVICE (2001): casos 541/99 y 542/99.

<sup>4</sup> GRUBER VS. BAY WA AG (2005): 464/01. La Corte determinó que la Directiva 1993/13 no se aplica a un contrato de suministro de bienes que están destinados en su mayoría (60%) a ser usados para fines personales/familiares y en menor proporción (40%) para fines profesionales del comprador.

<sup>5</sup> La legislación sobre cláusulas abusivas en los contratos con el consumidor se aplica al contrato entre un escultor y un transportador, para trasladar una estatua a la sede de un concurso de escultura en el que el primero participará (Trib. Roma, 22 de octubre de 1999) y al contrato a través del cual, una persona natural que al momento no es comerciante, compra los bienes necesarios para comenzar con un negocio. (Trib. Ivrea, 5 de octubre, 1999 y Trib. Terni, 30 de junio de 1999). La CEJ estableció exactamente lo contrario en el caso *Dentalkit* (1997): caso 269/95.

<sup>6</sup> Como en Francia: Cour de Cassation, 15 de marzo, 2005, *Dalloz*, 2005, p. 1948, pero no en Alemania, ver los casos reportados por S. GUNDMANN / F. OCHMANN, *German Contract Law Five Years After the Fundamental Contract Law Reform in the Schuldrechts-modernisierung*, en *European Review of Contract Law*, 2007, pp. 454-456.

<sup>7</sup> H.W. MICKLITZ, *The principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party* en *Journal of Consumer Policy*, 2004, p. 340.

<sup>8</sup> D. STAUDENMAYER, *The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law* en *Journal of Consumer Policy*, 2004, p. 279.

<sup>9</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo "Sobre derecho contractual europeo" del 11 de julio de 2001: COM (2001) 398 final.

<sup>10</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo "Un derecho contractual europeo más coherente. Un plan de acción" del 12 de febrero de 2003: COM (2003) 68 final.

incluye Directivas que tienen que ver con el derecho contractual, fuera del campo específico de los contratos con el consumidor<sup>11</sup>.

El paso siguiente<sup>12</sup> abandonó esta perspectiva general y se centró exclusivamente en los contratos con el consumidor<sup>13</sup>. El acervo comunitario relevante era, entonces, solamente el acervo en materia de consumo y la acción de la Comunidad que buscaba la sistematización del derecho contractual europeo, se redujo a la revisión de ocho Directivas que formaban, en ese tiempo, la base del derecho (contractual) europeo del consumidor<sup>14</sup>. El resultado de ese proceso fue la propuesta de la Comisión de una Directiva "sobre los derechos de los consumidores" del 8 de octubre de 2008<sup>15</sup>. A decir verdad, ésta tiene un alcance más reducido de lo que el título podría indicar, pues no cubre la totalidad de los temas abordados por las ocho Directivas en materia de protección al consumidor. De hecho, dejó por fuera la Directiva de indicación de precio y la Directiva sobre las acciones de cesación, teniendo en cuenta que éstas no abordaban el tema contractual, al igual que la Directiva sobre tiempo compartido y la Directiva sobre viajes combinados, que aunque tienen que ver con contratos, hacen parte de un sector del mercado específico<sup>16</sup>. La propuesta incluye entonces las Directivas sobre el consumidor que tienen que ver con derecho contractual y que no se limitan a un único sector del mercado.

El alcance de la revisión es, simplemente, el derecho de los contratos con el consumidor en sentido general (horizontal). La acción de la comunidad, que fue lanzada originalmente bajo el lema promotor de "un derecho contractual europeo más coherente" ahora se reduce a uno menos ambicioso como es el de "un derecho

<sup>11</sup> Relacionadas con sistemas de pago (2); agentes comerciales (3); desplazamiento de trabajadores (4); comercio electrónico (6); servicios financieros (7); contratación pública (10).

<sup>12</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre "Derecho contractual europeo y la revisión del acervo: perspectivas para el futuro" del 11 de octubre de 2004: COM (2004) 651 final.

<sup>13</sup> Tal vez bajo la influencia del lanzamiento, dos años antes, de la estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006, del 8 de junio de 2002: COM (2002) 208 final.

<sup>14</sup> Directiva 1985/577 referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; 1990/314 relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; 1993/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; 1994/47 relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; 1997/7 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; 1998/6 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; 1998/27 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

<sup>15</sup> COM (2008) 614 final. El borrador fue preparado en enero de 2006 a través del Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo abierto a consulta de las partes interesadas, COM (2006) 744 final.

<sup>16</sup> Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, que acompaña a la propuesta de Directiva sobre derechos del consumidor, Resumen de la evaluación de impacto, pp. 20-21.

europeo de los contratos con el consumidor más coherente"; un evidente cambio de prioridades<sup>17</sup> en la agenda del legislador europeo o la decisión de "no relacionarlo... con el trabajo en curso del derecho contractual europeo"<sup>18</sup>.

Partiendo de estos datos, en el presente artículo planteo dos interrogantes.

En primer lugar y a pesar de la señal que recientemente dio el legislador europeo, al mostrar una especial atención al derecho de los contratos con el consumidor, ¿es posible observar en la legislación contractual europea—como se ha venido desarrollando principalmente en la última década—una tendencia diferente, aunque aún en estado embrionario, a considerar como un tópico relevante para la regulación del mercado europeo, también los contratos B2B o, en sentido más amplio, aquellas relaciones contractuales que no son necesaria o exclusivamente B2C?

En segundo lugar, si la respuesta al primer interrogante fuera 'sí', ¿qué implicaciones y evaluaciones deberían derivarse desde el punto de vista técnico y desde el punto de vista político?

## II. LA REGULACIÓN EUROPEA DE LOS CONTRATOS B2B: DIFERENTES PERSPECTIVAS NORMATIVAS

Contrario a la idea según la cual (casi) todo el acervo comunitario en el área del derecho contractual hace referencia al acervo de los contratos B2C, se debe reconocer que también existe un acervo significativo en materia de contratos B2B, en forma de reglas europeas dirigidas específicamente a regular las relaciones contractuales entre empresas<sup>19</sup>. La posibilidad de armonizar los contratos B2B está siendo objeto de discusión académica<sup>20</sup>. El legislador europeo, cuando ha regulado los negocios B2B, ha adoptado diferentes perspectivas políticas sobre la base de un análisis caso por caso.

### 1. Una perspectiva neutral: la Directiva 2002/47 sobre acuerdos de garantías financieras

Algunas veces, la perspectiva de la regulación de los contratos B2B, desde un punto de vista de política social, es neutral. El objetivo primordial es la racionalización

<sup>17</sup> M. HESSELINK, *European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?* En *European Review of Private Law*, 2007, p. 323.

<sup>18</sup> H.W. MICKLITZ/N. REICH, *Crónica de una muerte anunciada: the Commission proposal for a directive in consumer rights* en *Common Market Law Review*, 2009, p. 473.

<sup>19</sup> El hecho de que el acervo comunitario en materia contractual incluya la regulación de los contratos B2B, ha sido señalado claramente por K. RIESENHUBER, *System and Principles of EC Contract Law*, en *European Review of Contract Law*, 2005, pp. 305-306.

<sup>20</sup> Ver por ejemplo G. CORDERO MOSS, *Contracts between Consumer Protection and Trade Usages: Some observations on the Importance of State Contract Law* en R. SHULZE (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich, 2008, pp. 66 ss., donde la perspectiva de extender las normas del contrato con el consumidor a los contratos empresariales (B2B) se discute específicamente.

técnica de las operaciones en aras de la eficiencia del mercado único, y/o un mayor grado de certeza jurídica. Un ejemplo de esta perspectiva puede observarse en la Directiva 2002/47 sobre acuerdos de garantías financieras<sup>21</sup>. Ésta trata los contratos B2B y en todo caso, contratos que no son, definitivamente, contratos con el consumidor. En efecto, el artículo 1.2 prevé que las partes de los acuerdos –beneficiario y garante– no deben tener, en ningún caso, las características de un consumidor: ora porque sus actuaciones se mantienen dentro de los límites de su negocio o profesión (autoridad pública, bancos centrales o similares, entidad financiera, etc.), ora porque no son personas naturales (“una persona distinta de una persona física”, mencionada en el literal e).

Aquí, el objetivo principal de la legislación no es corregir las asimetrías del mercado, ofreciendo protección a la parte débil de la relación frente a la parte fuerte. El objetivo es menos ambicioso: consiste en “mejorar la certeza jurídica de los acuerdos de garantía financiera” (considerando 5) y de esta forma contribuir a “la integración y rentabilidad del mercado financiero y a la estabilidad del sistema financiero de la Comunidad, apoyando así la libre prestación de servicios y la libre circulación de capitales en el mercado único de los servicios financieros” (considerando 3)<sup>22</sup>.

## 2. La perspectiva de la competencia dirigida: la regulación del bloque de exenciones sobre los acuerdos restrictivos

En otros casos, el objetivo predominante de la regulación del mercado de los contratos B2B, es el de equilibrar la prohibición general de los acuerdos restrictivos de la competencia, con la necesidad de admitir acuerdos restrictivos que beneficien al mercado en favor del interés general, (*i.e.* mejorar la producción y la distribución de bienes y servicios para aumentar el progreso técnico y económico).

Esto es lo que sucede con la regulación sobre el bloque de exenciones para los acuerdos que restringen la competencia según el artículo 81 (anteriormente 85), parágrafo 3 del Tratado y especialmente con la regulación de los acuerdos verticales<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> E. JOHANSSON, *Transfer and Settlement Securities: the New Order*, en *European Business Law Review*, 2005, pp. 1093 ss.; J. COILEY, *New Protections for Cross-border Collateral Arrangements: Summary and Analysis of Draft E.U. Directive on Financial Collateral*, en *Journal of International Banking Law*, 2001, pp. 119 ss.

<sup>22</sup> Aun así, un asomo de filosofía “proteccionista” emerge del considerando 17; la Directiva pondera el objetivo de eficiencia “a la protección del garante”, permitiendo a las autoridades judiciales de cada Estado verificar si la ejecución o valoración de la garantía financiera con respecto a la obligación financiera, se ha llevado a cabo “de una manera comercialmente correcta” (ver también art. 4.6)

<sup>23</sup> Reglamento de la Comisión (CE) n.º 2790/1999 del 22 de diciembre de 1999. Ver también la Comunicación de la Comisión “Directrices relativas a las restricciones verticales”, Diario Oficial n.º C 291/01. Los tipos más importantes de acuerdos verticales específicos que tie-

Aquí, la política principal de la regulación no es proteger a la parte débil de dichos acuerdos (el distribuidor, el franquiciado) frente a la parte fuerte (el fabricante, el franquiciador), sino garantizar la eficiencia del mercado y la competencia. Sin embargo, la regulación se ocupa del contenido de la relación contractual entre las partes y la manera en la que se afecta, aunque sea indirectamente, el equilibrio de sus derechos y deberes, así como debe prevenir la imposición a "las empresas de restricciones que no sean indispensables" para garantizar el interés general establecido en el artículo 81, par. 3 del Tratado.

### 3. La perspectiva de la protección de la 'parte débil'

Otras veces, al contrario, la protección de la parte débil es el propósito principal y directo de la regulación de los contratos B2B. Este es el caso en contextos donde el legislador: i) nota asimetrías en la información u otras fallas del mercado que tengan la capacidad de generar un desequilibrio del poder contractual entre las empresas contrayentes, debido a su diferente posición en el mercado o, a los roles que éstas desempeñan; ii) considera dicho desequilibrio como una amenaza tanto a la justicia en las relaciones de mercado, como a la eficiencia de los mecanismos del mercado; iii) contrarresta dichos desequilibrios a través de normas dirigidas a proteger a la empresa que actúa como la parte débil del contrato.

Aunque esta perspectiva se encuentra en la legislación europea aún en estado embrionario, está presente, como se ve claramente, en las Directivas sobre agentes comerciales y sobre morosidad en las operaciones comerciales. Su presencia nos permite además, reconocer que la protección legal frente a las asimetrías del mercado que crean desequilibrios del poder contractual de la parte débil frente a la parte fuerte en un contrato empresarial, no está dirigida exclusivamente a los consumidores; una empresa también puede beneficiarse de dicha protección.

#### III. LA DISCIPLINA EUROPEA DE LOS CONTRATOS B2B: LA PROTECCIÓN DE UNA EMPRESA COMO PARTE DÉBIL DEL CONTRATO

Como se había mencionado, las Directivas 1986/653 y 2000/35 son buenos ejemplos de esta perspectiva normativa. Es más, éstas dejan en claro que la 'debilidad' que afecta a la empresa en su relación contractual con una empresa fuerte, puede depender de diversos factores del mercado y que el legislador europeo construye para dichas relaciones, diferentes normas jurídicas, tratando de que éstas coincidan

nen que ver con la regulación del bloque de exenciones son los acuerdos de distribución exclusiva (Reglamento n.º 1983/83), acuerdos de compra exclusiva (Reglamento n.º 1984/83), acuerdos de franquicia (Reglamento n.º 4087/88) y acuerdos en el sector de los vehículos de motor (Reglamento n.º 1400/2002).



con las necesidades específicas de protección que estén en juego en cada situación relevante.

### **1. Directiva 1986/653 sobre agentes comerciales**

La regulación de los contratos entre agentes comerciales y empresarios representa, sin duda alguna, una regulación de contratos B2B: el agente es por definición un operador profesional independiente (aunque es un comerciante particular y casi siempre una pequeña o mediana empresa) y lo más seguro es que la parte que se sirve de los servicios del agente, sea a su vez una empresa.

En dicha relación, el agente es la parte que lleva a cabo la prestación característica del contrato, consistente en la distribución de un servicio. La prestación que lleva a cabo la otra parte —el empresario— es anónima y no específica y consiste en el pago de sumas de dinero con el fin de remunerar el servicio recibido.

La Directiva 1986/53 considera al agente como la parte que necesita protección legal. Esto radica en la peculiar asimetría de mercado que afecta al agente frente al empresario. En efecto, el agente que asume la distribución de un servicio para el empresario, a menudo trabaja sólo para éste, en forma exclusiva. En consecuencia, el contrato, desde su punto de vista, se acerca mucho a una relación de tipo personal. Con el objetivo de cumplir sus deberes contractuales, el agente lleva a cabo, usualmente, inversiones específicas para el contrato, lo cual lo expone a un riesgo económico considerable si la relación termina en forma anticipada, haciéndolo, entonces, económicamente dependiente del empresario<sup>24</sup>. Lo anterior es tenido en cuenta en la disciplina especial de esta relación contractual, cuyo elemento básico es —por consiguiente— el derecho del agente a una indemnización/compensación, cuando el empresario la da por terminada.

### **2. Directiva 2000/35 contra la morosidad en las relaciones comerciales**

La misma estructura básica de casos que cubre la Directiva sobre agentes comerciales, se puede reconocer en casos regulados por la Directiva 2000/35. Esta Directiva también se ocupa de las relaciones contractuales B2B en cuanto trata las "operaciones comerciales" y "no regula las operaciones en las que intervienen consumidores" (considerando 13), refiriéndose únicamente a "operaciones realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos, que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación" (art. 2º. n.º 1)

<sup>24</sup> Una política diferente fundamenta la Directiva 2002/92 sobre la mediación en los seguros, que regula la interacción entre los intermediarios de seguros y el asegurado y no se ocupa de las relaciones entre los intermediarios de seguros y las compañías de seguros, a pesar del hecho de que esta última relación es sustancialmente similar a la de los agentes comerciales.

De nuevo, la parte protegida es la que desarrolla la prestación característica del contrato, *i.e.* el empresario que provee los bienes o servicios que constituyen el objetivo del contrato (incurriendo en gastos relacionados) y a quien le corresponde una contraprestación. La asimetría que lo afecta y la correspondiente debilidad y necesidad de protección, radica exactamente en que el prestador del servicio, quien financia a la otra parte —el comprador— de forma gratuita, corre el riesgo que dicha financiación se prolongue en el tiempo, exponiéndolo a “onerosas cargas administrativas y financieras” en detrimento, especialmente, de empresas “pequeñas y medianas” (considerando 7º. ). Las normas de protección están redactadas específicamente en contra de dicho riesgo, reconociendo el derecho del vendedor a recibir el pago en un lapso razonable y estableciendo los remedios correspondientes<sup>25</sup>.

### 3. La política de protección de la empresa como parte débil del contrato y el *Small Business Act for Europe*

La política de protección en la cual se basan las normas sobre agentes comerciales y acreedores comerciales, hace parte de una política más general que busca apoyar a las pequeñas y medianas empresas (PYMES). Su resultado más reciente —a mediados de 2008— fue un documento importante elaborado por la Comisión Europea y denominado “*A Small Business Act for Europe*”<sup>26</sup>.

La Comunicación no menciona específicamente, entre los objetivos de la acción legislativa de la Comunidad, proteger las PYME como parte débil en las relaciones contractuales asimétricas con empresas fuertes<sup>27</sup>. Sin embargo, dicho propósito puede percibirse cuando se analizan algunas de las políticas dirigidas a implementar los diez principios que constituyen la base programa, como por ejemplo, donde el Act contempla “un plan de acción... para ayudar a las PYME a participar en las cadenas de suministro mundiales”<sup>28</sup>. Es bien sabido, en efecto, que uno de los problemas principales en el contexto de las cadenas de suministro —un área típicamente caracterizada por conjuntos de contratos B2B— es la asimetría de poder de mercado entre las empresas ubicadas en los diferentes niveles de la cadena y la consecuente

<sup>25</sup> Ver S. ONGENA/R. SCHULTE-BRAUCKS, *The Late Payments Directive – A Step Toward An Emerging European Private Law?* en *European Review of Private Law* 2003, pp. 519 ss.; quienes enfatizan que el objetivo de la Directiva es proteger a las pequeñas y medianas empresas contra cláusulas contractuales abusivas relacionadas con el plazo para el pago.

<sup>26</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones del 25 de junio, 2008: COM (2008) 394 final.

<sup>27</sup> Desde la perspectiva de las legislaciones nacionales, ver M. HESSELINK, *SMEs in European Contract Law*, en K. BOELE-WOELKI/W. GROSSHEIDE (eds.), *The future of European Contract Law*, Alphen ann den Rijn, 2007, pp. 349 ss.

<sup>28</sup> Principio VII del *Small Business Act*.

necesidad de proteger los *links* débiles en aquellas estructuras jurídico-económicas que FABRIZIO CAFAGGI llama "hierarchical contractual networks"<sup>29</sup>.

Además, el objetivo de protección específica está expresamente mencionado en el marco del sexto principio, con referencia al clásico problema que se presenta en la regulación de relaciones contractuales asimétricas B2B: "La UE y los Estados miembros deben... desarrollar un marco jurídico y empresarial que propicie la puntualidad de los pagos en las operaciones comerciales"<sup>30</sup>. Además, en la introducción de su Comunicación, la Comisión considera una propuesta para "una modificación de la Directiva 2000/35/CE sobre morosidad, para garantizar que se pague puntualmente a las PYME en toda operación comercial"<sup>31</sup>.

#### 4. El acervo en materia de contratos B2B comparado con el acervo en materia de contratos con el consumidor

Hasta ahora he ilustrado algunos elementos del acervo en materia de contratos B2B, ocupándome principalmente de aquellos que contemplan una política de protección a las empresas débiles en sus operaciones con empresas que tienen un poder contractual y de mercado superior. Si comparamos este paradigma normativo con el paradigma normativo de los contratos con el consumidor, encontramos una similitud y una diferencia.

La similitud radica en el hecho de que las dos disciplinas tienen como objetivo corregir las asimetrías de la posición de mercado de las partes contratantes, debido a la cual, una de ellas es la parte débil y requiere protección legal frente a la otra. A la luz de estos datos, podemos decir que las dos disciplinas tienen que ver con los 'contratos asimétricos'.

La diferencia es la siguiente. Con referencia a los contratos B2B asimétricos ya mencionados, la parte protegida es, desde la perspectiva del abastecimiento del mercado, el proveedor de bienes y servicios, es decir, la parte que ejecuta la prestación característica del contrato, el proveedor es la parte débil mientras que el cliente se constituye como la parte fuerte. Lo contrario ocurre con los contratos con el consumidor: la parte débil, a quien se le otorga protección legal es obviamente el consumidor, quien actúa como cliente, ubicado en el lado de la demanda del mercado donde compra bienes y servicios y paga por ellos; mientras que la parte

<sup>29</sup> "Las redes contractuales jerárquicas se presentan cuando una parte ostenta un poder comercial y contractual significativo y en algunos casos puede abusar de tal poder... El control del poder y del abuso debería evitar el uso de cláusulas en los *linked contracts* cuando indican un abuso del poder contractual". F. CAFAGGI, *Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?*, en *EU Working Papers*, Law 2008/15, 27 (publicado también bajo el mismo título en la *European Review of Contract Law* 2008, 493 ss.)

<sup>30</sup> Supra III 2

<sup>31</sup> Comunicación de la Comisión, supra pie de página 13, final del párrafo 3.

fuerte es la empresa que provee sus bienes y servicios (la prestación característica del contrato).

### 5. La jurisprudencia: el caso *Courage*

A diferencia de la normatividad arriba analizada, la jurisprudencia europea algunas veces evidencia una política de protección del contratante débil en los contratos B2B donde –de acuerdo con el esquema de los contratos con el consumidor– la parte protegida no es el proveedor, sino el destinatario de los bienes o servicios objeto del contrato.

Lo anterior se puede observar claramente en la decisión de la Corte Europea de Justicia en el caso *Courage* (2001)<sup>32</sup>. La Corte determinó que la empresa que celebra con otra un acuerdo contrario a las normas sobre la competencia y sufre una pérdida derivada de dicho acuerdo, tiene el derecho a solicitar el resarcimiento de los daños a cargo de la otra parte si se comprueba que la empresa demandante se encontraba, cuando celebró el contrato, "...en *posición de inferioridad* notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, ...su libertad para negociar las cláusulas..." (cursiva mía).

### IV. DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR A LA PROTECCIÓN AL CLIENTE: DISCIPLINA DE LOS CONTRATOS S2C (*SUPPLIER TO CUSTOMER*)

La experiencia demuestra que cuando se trata de relaciones de mercado asimétricas, la situación descrita al final de los párrafos anteriores es en gran medida la más común y típica. Usualmente, la parte dominante es el proveedor que ejecuta la prestación característica del contrato, mientras que la parte débil, protegida por la ley, es la parte que requiere y paga por la prestación característica del contrato ejecutada por la otra parte –i.e., el cliente–<sup>33</sup>.

El punto es que, si esto es obvio en los contratos con el consumidor (que constituyen el paradigma de los contratos basados en relaciones de mercado asimétricas),

<sup>32</sup> Caso 453/99. Ver el comentario de J. STUYCK, *European Review of Contract Law* 2005, 229 ss.

<sup>33</sup> El concepto de prestación característica del contrato "*dénote une idée de domination*". M.E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, 2002 p. 5. Ancel hace referencia a una dominación en el sentido de "*supériorité de la prestation caractéristique sur le reste du contrat*". En mi opinión, puede entenderse también como una posición de negociación dominante o, de todos modos, superior, de la parte que ejecuta la prestación característica sobre la otra parte. Se debe notar que una de las tres clases de contratos donde la categoría desempeña un rol significativo –y el más "*emblématique de la société contemporaine*" de los tres– es la clase de los "*contrats de fourniture rémunérée de biens ou services*", M.E. ANCEL, *ibid*, p. 6, a saber, la clase de (para usar el término adoptado en este escrito) contratos 'proveedor – cliente' (S2C).

podría ser cierto también en los contratos donde el cliente que necesita protección no es necesariamente un consumidor, sino una empresa<sup>34</sup>.

### 1. El factor de asimetría: motivo por el cual el cliente generalmente necesita protección legal

Generalmente, la asimetría de mercado hace del cliente la parte que necesita protección legal, por el hecho de que el cliente es el destinatario de la prestación característica del contrato, mientras que la otra parte es el proveedor; y porque de frente a dicha prestación, el cliente, en la mayoría de casos, es un *outsider*, sin la información específica y sin la posibilidad de controlar a la parte que, en calidad de *insider*, ejecuta la prestación. En otras palabras, el proveedor tiene el control técnico y organizativo de los elementos que constituyen la parte sustancial del contrato; por el contrario, el cliente, de alguna forma, no tiene poder en este sentido. Esto es cierto sin importar el estatus legal o económico-social del cliente: un individuo que compra bienes y servicios para uso personal o familiar (consumidor); una empresa que compra bienes y servicios con fines relacionados con su objeto social; una entidad que no tiene estatus ni de consumidor ni de empresa (por ejemplo, una entidad sin ánimo de lucro).

Las normas que se basan en una política de protección al cliente tienen que ver con contratos comerciales, en los que una parte (el proveedor) es necesariamente una empresa, pero son neutras con respecto al estatus de la otra parte (el cliente). Éstas, entonces, incluyen tanto los contratos B2C como los B2B.

Uno también podría llamar estos contratos con el acrónimo 'B2C' donde 'C' se entiende esta vez no como 'consumidor', sino como 'cliente'. Con el fin de evitar malos entendidos, es mejor denominarlos 'S2C' (*Supplier to Customer*).

### 2. De la protección al consumidor a la protección al cliente: dos señales recientes, provenientes del acervo en materia de consumo

El legislador europeo ha percibido y expresado la necesidad de una protección general del cliente que vaya más allá de los casos en los cuales el cliente es un consumidor, aun cuando se ha concentrado en el contexto limitado de la protección a este último. Dos ejemplos lo confirman.

<sup>34</sup> Para ponerlo en palabras de un 'campeón' de la filosofía de la 'protección de la parte débil': si se otorga un derecho a los consumidores como partes débiles del contrato "no hay forma de evitar, en algunos casos, la extensión de este derecho a los no consumidores, como por ejemplo a las pequeñas empresas". E. HONDIUS, *The protection of the Weak Party in Harmonised European Contract Law: A Synthesis in Journal of Consumer Policy*, 2004, p. 246.

El primer ejemplo es la Directiva 2005/29, relativa a las prácticas comerciales desleales<sup>35</sup>. No existe duda de que se trata de acervo en materia de consumo, en la medida en que regula solamente "las prácticas comerciales desleales que perjudican los intereses económicos de los consumidores" (artículo 1º.) dejando de lado aquellas que perjudican a los no consumidores y especialmente a otras empresas (competidoras)<sup>36</sup>. Sin embargo, el legislador europeo agrega que "existen, indudablemente, otras prácticas comerciales que, aunque no perjudican al *consumidor*, pueden dañar... a los *clientes* de las empresas" (cursivas mías), y establece que "la Comisión deberá estudiar detenidamente la necesidad de una intervención comunitaria en el campo de la competencia desleal, más allá del ámbito de la presente Directiva y, en su caso, presentar una propuesta legislativa que incluya esos otros aspectos de la competencia desleal"<sup>37</sup>.

Otro ejemplo, aún más significativo, puede encontrarse en el Libro Verde de la Comisión sobre la revisión del acervo en materia del consumo (2006)<sup>38</sup>. Como se mencionó anteriormente, éste refleja un plan de acción que está orientado específicamente a regular las relaciones B2C, exclusivamente, en una perspectiva de protección al consumidor. Sin embargo, en el libro se lee: "algunos comerciantes, como las empresas unipersonales o las pequeñas empresas, se pueden encontrar algunas veces en una situación similar a la de los consumidores cuando compran ciertos bienes y servicios, lo cual despierta el interrogante sobre hasta qué punto deberían gozar de la misma protección que se otorga a los consumidores"<sup>39</sup>.

Las consecuencias son claras. El legislador europeo piensa (y prescribe) que, en áreas significativas de las relaciones de mercado, existen ciertos tipos de partes contractuales que merecen protección legal, no por el hecho de ser personas naturales que actúan con fines ajenos a su negocio, empresa o profesión, sino por una razón más general y objetiva: porque se encuentran del lado de la demanda del mercado donde se relacionan con empresas que les suministran bienes y servicios. De nuevo no es porque son consumidores, sino porque son clientes.

<sup>35</sup> H. COLLINS, *The Unfair Commercial Practices Directive* en *European Review of Contract Law*, 2005, pp. 417 ss.; F. GOMEZ, *The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics Perspective*, en *European Review of Contract Law*, 2006, pp. 4 ss.

<sup>36</sup> Considerando 6.

<sup>37</sup> Considerando 8. Ver también H. COLLINS, *supra* pie de página 35, p. 439: "Los argumentos para regular las prácticas comerciales desleales basados en las fallas del mercado y la necesidad de promover un mercado competitivo en toda Europa, se aplican igualmente a las operaciones *business to business*... Estados miembros como Alemania y Austria, donde la legislación nacional adopta una posición que integra tanto la protección de los empresarios como la de los consumidores, se opusieron a esta atención exclusiva en los consumidores".

<sup>38</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, 8 de febrero de 2007: COM (2006) 744 final.

<sup>39</sup> Cuestiones para Consulta, 4.1.

## v. DIRECTIVAS SOBRE LOS CONTRATOS S2C

Me parece que esta política —‘de la protección al consumidor a la protección al cliente’— es la base de numerosas Directivas que regulan los contratos que no son contratos B2C ni B2B, sino posiblemente ambos. Éstas forman un importante acervo contractual, que de un lado está por fuera del acervo en materia de consumo, pero no puede ser identificado, de otro lado, con el acervo de los contratos B2B. Estas Directivas tienen un elemento adicional en común; todas tienen que ver con contratos de suministro de servicios y no de bienes<sup>40</sup>.

## 1. La Directiva 2006/123 relativa a los servicios (generales),

MARTIN SCHAUER<sup>41</sup> demostró que a pesar de lo que puede parecer a primera vista (y la *contraria protestatio* del legislador europeo<sup>42</sup>), la Directiva abarca algunos elementos de derecho contractual<sup>43</sup>. Estos elementos se basan en la noción según la cual, las condiciones de asimetría existentes entre el proveedor y el destinatario del servicio (cliente), se derivan del hecho que el primero, siendo un *insider*, controla los aspectos técnicos, organizativos y de información relativos al servicio que provee. El cliente es un *outsider* y por tanto ajeno a dicha información. En ese entendido es claro, entonces, que se persigue una política de protección al destinatario (cliente).

De acuerdo con la Directiva, ¿quién es el destinatario? La respuesta es: alguien que está definido en términos mucho más amplios que aquellos que definen un consumidor *i.e.*, "cualquier persona natural... o cualquier persona jurídica... que utilice o desee utilizar un servicio con fines profesionales o de otro tipo" (art. 4º., n.º 3). De manera que, "tanto las relaciones B2B como las B2C caben dentro del objetivo de la Directiva"<sup>44</sup>.

La misma política de protección al cliente y el mismo patrón regulador de la Directiva de servicios generales, puede encontrarse en otras Directivas atinentes a sectores de mercado específicos, relacionadas con servicios particulares.

<sup>40</sup> Ver, M. LOOS, *Towards a European Law of Service Contracts*, en *European Review of Private Law*, 2001, 565 ss. El derecho contractual relevante es el que FABRIZIO CAFAGGI llama "derecho contractual de los mercados regulados" (cuyo problema principal es establecer su propia relación con el derecho contractual general), F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto fra parte generale e parte speciale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, p. 95 ss.

<sup>41</sup> M. SHAUER, *Contract Law of the Services Directive*, en *European Review of Contract Law*, 2008, p. 1 ss.

<sup>42</sup> Considerando 90: "Las relaciones contractuales entre el prestador y el cliente... no deben estar sujetas a la presente Directiva".

<sup>43</sup> Básicamente en tema de prohibición de discriminación (art. 20); deberes de información precontractual (art. 22); seguros y garantías de responsabilidad profesional del prestador (art. 23).

<sup>44</sup> SCHAUER, *supra* pie de página 41, p. 5.

## 2. Las Directivas en materia de seguros (de vida y distintos al seguro de vida)

Las Directivas en materia de seguros, no contienen, en efecto, mucho derecho contractual<sup>45</sup>: la idea del legislador europeo es, de hecho, que "la armonización del derecho de contrato de seguro no es una condición previa para la realización del mercado interior de los seguros; que en consecuencia la posibilidad otorgada a los Estados miembros de imponer la aplicación de su legislación a los contratos de seguros que cubran riesgos localizados en su territorio puede proporcionar las suficientes garantías a los tomadores de seguro que necesiten una protección específica"<sup>46</sup>. Aunque no mucho, es posible encontrar algo de derecho contractual en estas Directivas.

No existe duda sobre el hecho de que el derecho contractual, persigue un objetivo de protección mínima del asegurado en relación con la compañía de seguros. Esta política de protección es, seguramente, la base de normas como las que consagran el plazo de renuncia o los deberes de información en el seguro de vida<sup>47</sup>. Existen otras normas en el campo del seguro distinto al seguro de vida, como por ejemplo las que prohíben la discriminación en contra del asegurado de una compañía en liquidación, con respecto a contratos suscritos en régimen de prestación de servicios<sup>48</sup> y aquellas que establecen deberes de información en beneficio del asegurado<sup>49</sup>.

Seguramente estas normas se aplican, sin distinción, a todos los contratos de seguro, con cualquier clase de asegurado y definitivamente, no se limitan a los casos en los que una de las partes tiene el estatus de consumidor<sup>50</sup>. Es cierto que la segunda Directiva (1988/357) en materia de seguros distintos del seguro de vida determina regímenes diferentes, teniendo en cuenta las diferentes clases de asegurados según el nivel de protección que requieren: de un lado, los "tomadores de seguro, que por su condición, por su importancia o por la naturaleza del riesgo que deba asegurarse, no necesiten una protección específica en el Estado en que esté localizado el riesgo"; de otro lado, "los demás tomadores del seguro" a quienes "conviene garantizar un adecuado nivel de protección". Las consecuencias a nivel de regulación son, en todo caso, mínimas: en los contratos en los cuales las partes

<sup>45</sup> O. TROIANO, *Armonizzazione europea del contratto di assicurazione e varo dei Principles of European Insurance Contract Law*, en *Contratto e Impresa/Europa*, 2008, p. 180 ss.

<sup>46</sup> Considerando 18 de la tercera Directiva (1992/49) en materia de seguros distintos al seguro de vida, aunque la observación se aplica también a los seguros de vida.

<sup>47</sup> Arts. 35 y 36 de la Directiva 2002/83 sobre seguros de vida.

<sup>48</sup> Art. 20 de la segunda Directiva (1988/357), en materia de seguros distintos al seguro de vida.

<sup>49</sup> Art. 21 de la segunda Directiva (1988/357), relacionado únicamente con el seguro que se presenta en régimen de prestación de servicios; art. 31 de la tercera Directiva (1992/49).

<sup>50</sup> A decir verdad, dicha distinción adquiere un sentido en contratos de seguro distintos al seguro de vida, mientras que tiene menos sentido o no lo tiene, con referencia a los contratos de seguro de vida.



no necesitan una protección especial (identificados como aquellos asegurados que desarrollan una "actividad industrial, comercial o liberal"), la Directiva concede una libertad más amplia para escoger la ley aplicable, mientras que en los contratos con asegurados sin fines profesionales dicha libertad es restringida<sup>51</sup>.

Esta diferencia mínima en la regulación no parece ser suficiente para deducir que las Directivas introduzcan dos regímenes separados de contratos de seguros distintos del seguro de vida, uno para seguro B2B y otro para el B2C. La base sustancial de las normas en materia de contrato de seguro se aplica sin importar cuál sea el estatus de la parte asegurada. Esto sirve para la protección de la totalidad de los clientes del seguro y no únicamente para aquellos que cumplen con las características de consumidores.

### 3. La Directiva 2000/31 en materia de servicios de la sociedad de la información (comercio electrónico)

Pasemos a otras Directivas que contienen más normas en materia de derecho contractual. Éstas muestran, incluso en forma más evidente, el mismo patrón: regulación contractual dirigida a proteger no solamente a los consumidores, sino en general, a los clientes.

La Directiva 2000/31 relativa a los servicios de la sociedad de la información<sup>52</sup> es un claro ejemplo de esto. Su objetivo es proteger al destinatario del servicio —outsider frente a la prestación característica del contrato— en su relación desequilibrada con el proveedor. El destinatario —el cliente— se describe en términos que van más allá de aquellos que describen a un consumidor, como "cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo" (art. 2, literal d)<sup>53</sup>. Es cierto que la Directiva contiene algunas previsiones —artículos 10.2 y 11.1–2— que no están dirigidas a destinatarios del servicio en general, sino únicamente a aquellos que tengan las características de consumidores. En todo caso estas son, efectivamente, disposiciones secundarias que no desempeñan un rol central dentro de la normatividad, debido a que se limitan a establecer que algunas normas relativas a los derechos y deberes de las partes son dispositivas si el destinatario del servicio no es un consumidor, mientras que son imperativas si se trata de un consumidor. Fuera de esto, parte sustancial de la regulación contractual se aplica a la protección de todos los clientes —por ende a los contratos B2B también— y no únicamente a los B2C con clientes consumidores.

<sup>51</sup> Art. 7.1 lit. b)

<sup>52</sup> G. PEARCE/N. PLATTEN, *Promoting the Information Society: the EU Directive on Electronic Commerce*, en *European Law Journal*, 2000, 363 ss.

<sup>53</sup> Ver también el considerando 20.

#### 4. Las Directivas 2004/39 y 2006/73 relativas a la prestación de servicios de inversión (Mifid)\*

Se puede decir lo mismo con referencia a la regulación de los contratos de inversión, introducida por las Directivas Mifid (que consisten, teniendo en cuenta la '*architecture de Lamfalussy*' en una Directiva de primer nivel –2004/39– y una de segundo nivel –2006/73–).

Como es sabido, las Mifid contienen derecho contractual sustancial, relacionado con los contratos a través de los cuales las empresas de inversión negocian productos financieros y servicios en el mercado<sup>54</sup>. La política general de regulación, sin duda, es la de la protección de quienes compran dichos productos y servicios. En el lenguaje adoptado por las Mifid, se llaman 'inversionistas' o 'clientes' y de ninguna forma pueden ser identificados como 'consumidores'. Los inversionistas (o clientes) pueden ser personas naturales o jurídicas, que actúan con fines comerciales/profesionales o personales/familiares. De cualquier manera, se benefician de la protección que la ley les otorga como remedio en contra de la asimetría (sobre todo de información) existente frente a la empresa de inversión. La protección ofrecida por la Directiva se basa en el hecho de que los clientes, generalmente, son *outsiders* respecto a los productos o servicios (a menudo complejos, sofisticados y peligrosos) de los cuales son destinatarios, mientras que el proveedor que está al otro lado de la operación es, típicamente, un *insider* del mercado relevante.

Es verdad que además del régimen de protección 'normal', generalmente aplicado a cualquier cliente, las Mifid prescriben regímenes adicionales de protección, dependiendo de las diferentes clases de clientes, con una disciplina laxa para las "contrapartes elegibles" y para los "clientes profesionales" y un régimen más estricto para los "clientes minoristas". Sin embargo, esto no significa que el legislador haya abandonado una política de protección al cliente y haya retrocedido hacia una de protección al consumidor. Lo que el legislador desea, es graduar el nivel de protección de acuerdo con el grado de asimetría existente entre el cliente y la empresa de inversión, que puede variar dependiendo de cliente a cliente. Incluso, la parte contractual beneficiaria del mayor grado de protección –el cliente minorista<sup>55</sup>–, no debe, necesariamente, ser un consumidor: un cliente minorista puede ser cualquier cliente que no sea un "cliente profesional" y en este sentido, las personas jurídicas

\* (N. d. T.) Sigla en inglés que hace referencia a las Directivas relativas al mercado de instrumentos financieros –*Market in Financial Instruments Directive*–.

<sup>54</sup> G. FERRARINI, *Contract Standards and the Market in Financial Instruments Directive (Mifid)*. An Assessment of the Lamfalussy Regulatory Architecture, en *European Review of Contract Law*, 2005, pp. 19 ss.; G. GRUNDMANN/J. HOLLERING, *EC Financial Services and Contract Law –Developments 2005–2007*, en *European Review of Contract Law*, 2008, pp. 487 ss.

<sup>55</sup> N. MOLONEY, *Building a Retail Investment Culture through Law: the 2004 Markets in Financial Instruments Directive*, en *European Business Organization Law Review*, 2005, pp. 341 ss.

y las personas que actúen dentro del marco de su actividad empresarial o profesional pueden ser clientes minoristas. Los contratos entre una firma de inversión y un cliente minorista pueden ser, tanto contratos B2B, como los B2C<sup>56</sup>.

## 5. La Directiva 2007/64 sobre los servicios de pago

El elemento más reciente del acervo contractual es la Directiva 2007/64 en materia de servicios de pago (13 de noviembre de 2007)<sup>57</sup>. Es conocida como una pieza importantísima de derecho contractual con una estructura normativa muy interesante.

A primera vista pareciera que la estructura de esta Directiva difiera de la estructura de la Mifid (la cual, como hemos visto, centra el régimen de protección en los 'clientes' y descuida a los 'consumidores'). El considerando 20 de la Directiva 2007/64 parece, en efecto, poner al consumidor en una posición central: "Dado que los consumidores y las empresas no están en la misma posición, no deben disponer del mismo nivel de protección. Si bien procede garantizar los derechos de los consumidores mediante disposiciones con respecto a las cuales no pueden establecerse excepciones en los contratos, resulta razonable dejar a las empresas y organizaciones que convengan lo que estimen conveniente".

La primera impresión es siempre engañosa. De hecho, la Directiva 2007/64 también refleja una línea normativa orientada hacia la protección, no sólo de los consumidores, sino de los clientes en general y rechaza el patrón de un régimen separado y exclusivo de derecho contractual del consumidor. Esta afirmación puede aclararse a través de una breve revisión de las diferentes normas contractuales que se encuentran en la Directiva, haciendo referencia al alcance y a las condiciones según las cuales éstas pueden o no aplicarse.

### *a) Transparencia de las condiciones y requisitos de información*

Una primera clase de normas incluye aquellas (sobre "Transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago") contenidas en el título III (arts. 30-50), y además en los nueve artículos enumerados en el artículo 51.1. Éstas apuntan, principalmente, a asegurar la justicia 'procesal' en la relación entre las partes.

<sup>56</sup> Sólo un sector particular de las operaciones financieras de mercado está sujeto a la regulación que se aplica exclusivamente a las relaciones B2C y es la de la "comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores" regulados por la Directiva 2002/65 con base en la premisa que las ofertas a distancia de servicios financieros van dirigidas a clientes que tienen el estatus de consumidores.

<sup>57</sup> Derogó la Directiva 1997/5 relativa a las transferencias transfronterizas, con efecto a partir del 1º de noviembre de 2009 (art. 93).

El área que cubren parece, de alguna manera, seguir la política indicada en el considerando 20 arriba mencionado, en el sentido que son imperativas –deben aplicarse necesariamente y sin excepción– solamente para los contratos donde el cliente es un consumidor (B2C), mientras que en los contratos en donde el cliente no es un consumidor (B2B), pueden derogarse y por tanto no aplicarse. Sin embargo, si las partes no acuerdan excluirlas éstas se aplicarán (arts. 30.1 y 51.1).

Por lo tanto, esta clase de normas no establece, de ninguna manera, un régimen especial y separado para los contratos con el consumidor. Al contrario, establece una regulación aplicable, en principio, a ambos tipos de contratos, B2C y B2B (basándose, no en una perspectiva estrecha de protección al consumidor, sino en una más amplia de protección al cliente). La única diferencia es que la normativa es imperativa para los contratos B2C, mientras que no lo es para los B2B.

#### *b) Recurso extrajudicial*

La segunda clase contiene una norma –artículo 83 de la Directiva, sobre resolución extrajudicial de litigios entre usuarios y proveedores– cuyo alcance depende de la elección de los Estados miembros. En efecto, el artículo 51.2 otorga a los Estados miembros el derecho de prescribir que esta norma no se aplique a todas las relaciones contractuales en general, sino únicamente a los contratos con el consumidor. En opinión del legislador europeo, el artículo 83 es concebido como una norma generalmente aplicable a todas las operaciones de servicios de pago (en los contratos B2C y en los B2B). En las jurisdicciones nacionales, sin embargo, puede convertirse en una norma que se aplica, si los Estados miembros así lo deciden, únicamente a las operaciones B2C<sup>58</sup>.

#### *c) Derechos y deberes relacionados con la prestación característica*

El considerando 20 de la Directiva, arriba mencionado, continúa así: “Determinadas disposiciones esenciales de la presente Directiva deben aplicarse en todos los casos, sea cual fuere el tipo de usuario”.

Éste introduce la tercera clase de normas, *i.e.* todas aquellas contenidas en el título IV de la Directiva (arts. 51–83), con excepción de los nueve artículos enumerados en el artículo 51.1. El objeto tratado (“Derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago”) demuestra que estas normas representan la parte esencial de la disciplina, sostenida por una política común, que garantiza un nivel apropiado de justicia ‘sustancial’ (en oposición a la simplemente

<sup>58</sup> El Reino Unido (el único Estado miembro importante que al momento –primavera 2009– ha adoptado la Directiva) decidió no introducir esta limitación: art. 91 de la *Payment Services Regulation* 2009 del 9 de febrero de 2009.

'procesal') en la relación entre proveedores y usuarios del servicio. En consecuencia, el área en la cual se aplican estas normas es significativa. Es, en efecto, el área más amplia posible, teniendo en cuenta que su alcance es extremadamente general: ellas se aplican siempre y necesariamente, sin posibilidad de ser derogadas, a todas las operaciones con usuarios (sean consumidores o empresas de cualquier dimensión o incluso partes que no tengan el estatus ni de consumidor ni de empresa)<sup>59</sup>.

Resumiendo, la normativa más característica y sustancial en materia de contratos de servicios de pago es una normatividad que se aplica, sobre una base necesariamente homogénea, a las operaciones B2C y B2B y en general, a cualquier operación con cualquier usuario, sin importar el estatus que tenga. Así las cosas, la política establecida no es de protección al consumidor, sino, más bien, de protección al cliente.

*d) La posibilidad de una aplicación extensiva de las normas sobre el consumidor a las microempresas*

Se debe considerar una cosa adicional en lo que tiene que ver con el último inciso del considerando 20. Después de insistir en la necesidad de una distinción entre las operaciones B2C y las B2B, éste agrega: "No obstante, los Estados miembros deben disponer de la facultad de establecer que las microempresas... reciban el mismo trato que los consumidores". La política se traduce en términos normativos en los artículos 30.2 y 51.3 de la Directiva: el primero con referencia a las normas del título III y el último con referencia a las normas del título IV, otorgan a los Estados miembros el derecho de prescribir que tales normas "se apliquen a las microempresas en el mismo sentido que se aplican a los consumidores" (según la definición de 'microempresa' recogida en el Anexo de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, del 6 de mayo de 2003, "sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas"<sup>60</sup>). Y el Reino Unido decidió unificar el régimen para los consumidores y las microempresas<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Esta observación parece cuestionar la idea generalizada (ver, por ejemplo, J. KARSTEN/A.R. SINAI, *The Action Plan of European Contract Law: Perspectives for the Future of European Contract and Consumer Law*, en *Journal of Consumer Policy*, 2003, pp. 159 ss.) según la cual mientras la normativa en materia de contratos con el consumidor es imperativa, aquella sobre contratos con partes que no tienen el estatus de consumidor no es imperativa. También los contratos que no (necesariamente) incluyen consumidores pueden estar sujetos a normas imperativas.

<sup>60</sup> C (2003) 1422. Art. 2.3 del Anexo define microempresa como "una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros". Una "pequeña empresa" se define como una empresa que ocupa entre 10 y 49 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual está entre los 2 y los 10 millones de euros (art. 2.2). Una "mediana empresa" se define como una empresa que tiene entre 50 y 250 empleados y cuyo volumen de negocios anual está entre los 10 y los 50 millones de euros o cuyo balance general anual está entre 10 y 43 millones de euros (art. 2.1).

<sup>61</sup> Art. 51 (3) de la *Payment Services Regulation* 2009.

El significado es claro. Como ya se vio, la Directiva contiene reglas que son imperativas si el contrato es B2C, mientras que pueden ser derogadas si se trata de un B2B. En consecuencia, si los Estados miembros escogen la opción mencionada, la disciplina que se deriva de tal decisión determina que las normas sean imperativas para algunos contratos B2B, es decir, aquellos en los cuales el usuario es una 'microempresa'. En otras palabras, normas que fueron concebidas únicamente para los contratos B2C amplían su alcance a (algunos) B2B, sobre la base que los consumidores y (algunas) empresas tienen –como usuarios del servicio de pago– una necesidad de protección idéntica en sus relaciones asimétricas con los proveedores.

## 6. Otra legislación europea en materia de servicios

Los síntomas de una tendencia hacia la protección del cliente pueden observarse en otras normas relacionadas con servicios: recordemos, por ejemplo, el Reglamento n.º 261/2004 sobre transporte aéreo de pasajeros, las Directivas 2003/54 sobre electricidad y la 2003/55 sobre gas natural.

Más de un síntoma emerge de la Directiva 1990/314 sobre vacaciones compartidas. Sus normas protegen al destinatario de los servicios prestados por el operador, llamándolo 'consumidor', pero la definición relevante no considera las dos características principales de un normal consumidor: la calidad de persona natural y el propósito no empresarial de su contrato<sup>62</sup>. De hecho, la parte protegida tiene el nombre de consumidor, pero la sustancia de un cliente.

## 7. Las normas sobre contratos B2C generalmente se aplican a los S2C: implicaciones

Obviamente, la disciplina de los contratos S2C no deroga las normas contractuales del consumidor, que pueden coexistir y aplicarse conjuntamente en algunas relaciones contractuales. Si el cliente es un consumidor, se aplican los dos tipos de normas a la transacción en la que el cliente es protegido como cliente, de acuerdo con las normas de los contratos S2C y además, es protegido como consumidor, de acuerdo con la disciplina contractual del consumidor.

En algunos casos esto se prevé expresamente: por ejemplo, la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico –típica regulación de los contratos S2C– “no afecta el nivel de protección de... los intereses del consumidor, fijados en los instrumentos comunitarios”. En particular, aclara que la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Directiva 97/7 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia son un “instrumento esencial para la protección del consumidor en materia contrac-

<sup>62</sup> Art. 2.1.

tual" y "se seguirán aplicando en su integridad a los servicios de la sociedad de la información"<sup>63</sup>. Esta solución, en todo caso, debe ser aplicada en forma general aún en los casos en los que no haya sido previsto expresamente<sup>64</sup>. Por ejemplo, esta previsión no se encuentra en la Directiva 2007/64 sobre servicios de pago. Sin embargo, los contratos de servicio de pago donde el cliente es un consumidor se rigen, seguramente, por las dos disciplinas al mismo tiempo, *i.e.* las Directivas 2007/64 y la 1993/13<sup>65</sup>.

A pesar de lo anterior, esta observación no es contraria a lo que estoy argumentando. No estoy sugiriendo que tanto el concepto jurídico como la disciplina del consumidor hayan desaparecido o estén a punto de desaparecer y ser totalmente reemplazados por una disciplina más general de las relaciones asimétricas entre una empresa que provee bienes y servicios y sus clientes. Estoy simplemente haciendo una hipótesis acerca de una leve transformación en las preocupaciones y en los objetivos del legislador europeo, en sectores donde está en juego la necesidad de proteger a la parte débil frente a la parte fuerte del contrato. La hipótesis consiste en que mientras en el pasado dicha labor legislativa se restringía casi exclusivamente a los contratos B2C, en la evolución reciente, el centro de atención se ha puesto, con mayor frecuencia, en otras clases de contratos que, junto con los contratos con el consumidor, comparten la característica de ser 'asimétricos' debido a la posición de las partes en el mercado –a saber, contratos desequilibrados B2B y contratos entre empresas proveedoras de bienes y servicios y sus clientes (contratos S2C)–. Estos avances, de ninguna manera, eliminan completamente la importancia jurídica de los contratos con el consumidor, aunque sí ocasionan que tal categoría pierda su importancia tradicional y su centralidad dentro del marco del derecho contractual europeo.

#### 8. La protección al cliente en algunos casos prevalece frente a la protección al consumidor

Este proceso es aún más acentuado cuando la normatividad de las relaciones S2C no sólo acompaña la regulación de los contratos B2C (y las dos disciplinas coexisten), sino cuando la primera prevalece.

Esto es lo que sucede en las Directivas de servicios financieros (encaminadas a la protección al cliente), en relación con la Directiva en materia de prácticas comerciales desleales (encaminada a la protección al consumidor). La Directiva

<sup>63</sup> Directiva 2000/31, considerando 11.

<sup>64</sup> A.M. MANCALEONI, *Note sulla direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno nel quadro della tutela del consumatore*, en *Contratto e Impresa/Europa*, 2007, pp. 985-987.

<sup>65</sup> Es evidente que esta situación normativa –dos fuentes diferentes de disciplinas contractuales, que se aplican simultáneamente a la misma relación contractual– ocasiona problemas de coordinación e incluso inconsistencias.

2005/29 prescribe expresamente que "En caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y otras normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, estas últimas prevalecerán y serán aplicables a esos aspectos concretos"<sup>66</sup>; dentro de dichos "aspectos concretos" se mencionan expresamente aquellos relacionados con los servicios financieros<sup>67</sup>. En consecuencia, si el inversionista perjudicado por una sociedad de inversión tiene las características de un consumidor (persona natural, etc.) y la conducta indebida de la sociedad de inversión implica la violación de una norma del mercado financiero y al mismo tiempo constituye una práctica comercial desleal según la Directiva 2005/29, no se aplicará esta última, sino la primera<sup>68</sup>. En pocas palabras, las normas sobre la protección del consumidor se hacen a un lado, frente a las normas de protección al cliente.

Lo mismo ocurre con los artículos 5º. y 7º. del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>69</sup>.

## 9. Señales de la legislación en materia de compraventa de bienes

Antes de abordar el Reglamento de Roma I, es útil una observación final sobre temas que tienen que ver con la sección V.

Aunque uno de los objetos de la comparación no es estrictamente derecho europeo, es interesante comparar la Directiva 1999/44 en materia de ventas y garantías de los bienes de consumo con la Convención internacional de compraventa de bienes. La comparación muestra que:

(i) Aunque la primera abarca únicamente los contratos B2C, mientras que la última hace referencia exclusiva a los B2B, "la Convención de Viena representa el modelo principal para la Directiva en materia de compraventa" y realmente "las diferencias entre los dos textos son muy pocas"<sup>70</sup>;

<sup>66</sup> Artículo 3.4.

<sup>67</sup> Considerando 10.

<sup>68</sup> Exactamente en estos términos se pronunció el *Consiglio di Stato* italiano en su sentencia del 3 de diciembre de 2002: el consumidor inversionista demandará a la firma de inversión, no ante la Autoridad Antitrust (que tenga la competencia para aplicar, a beneficio del consumidor, la ley que adopta la Directiva sobre prácticas comerciales desleales) sino ante la Autoridad de Servicios Financieros ('Consob') que tiene competencia para la protección de los inversionistas dentro de los límites de la regulación de los mercados financieros.

<sup>69</sup> Ver infra sección VI.

<sup>70</sup> S. GRUNDMANN, *Introduction* en M.C. BIANCA / S. GRUNDMANN / S. STIJNS, *La Directive communautaire sur la vente. Commentaire*, Bruxelles/Paris, 2004, pp. 20-21. Ver también S. GRUNDMANN, *Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht- warum sind sich UN-Kaufrecht und Kaufrechtsrichtlinie so ähnlich?*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 2002, pp. 40 ss.



(ii) Las dos están fuertemente marcadas (especialmente en lo que tiene que ver con las normas sobre garantías) por una política de protección que beneficia a una de las partes;

(iii) Desde esta perspectiva, la parte protegida es el comprador (¡el cliente!); y la razón por la cual éste requiere protección puede encontrarse en el hecho de que, como destinatario de la prestación característica del contrato y en su condición de *outsider* de la misma, se encuentra en una posición contractual más débil que la del vendedor, quien vende su propio bien y es quien dirige la ejecución de la prestación característica (la misma razón por la cual en los derechos modernos el patrón de *caveat emptor* cambió al de *respondeat venditor*).

En consecuencia, tanto desde el punto de vista de las Directivas sobre servicios, como desde el punto de vista de la disciplina en materia de compraventa, se puede observar una convergencia significativa de las normas que rigen los contratos B2C y B2B, en nombre de una política común de protección al cliente.

#### VI. EL REGLAMENTO SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES (ROMA I)

El reciente Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>71</sup>, que reemplaza la Convención de Roma de 1980, aporta elementos significativos a la presente discusión.

##### 1. Objetivo de la política de protección a la 'parte débil' que orienta el Reglamento Roma I

Mi impresión es que también el Reglamento Roma I es una prueba del éxito, cada vez mayor, del paradigma según el cual, la regulación de operaciones de mercado asimétricas no se restringe únicamente a las relaciones B2C, sino que se extiende también a las B2B, expandiendo la política tradicional y estrecha de la protección al consumidor hacia una política más amplia de protección al cliente.

El reglamento subraya con énfasis la política dirigida a la protección a las partes débiles de las relaciones contractuales. Esto está claramente prescrito en el considerando 23: "En cuanto a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles, es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales". Con el objetivo de definir dicha área de protección, un elemento útil se observa en la primera parte del considerando 24: "*Tratándose más concretamente de contratos de consumo...*" (cursivas

<sup>71</sup> P.A. NIELSEN / O. LANDO, *The Rome I Regulation*, en *Common Market Law Review*, 2008, pp. 1687 ss.

mías). Lo anterior deja en claro que los consumidores se consideran un segmento importante (incluso el más importante) del universo de las partes débiles, como deriva del hecho de que ellos tienen, según el artículo 6º., un régimen de protección *ad hoc* muy bien construido. Sin embargo, esto también significa que ellos representan sólo una clase 'específica' o particular, dentro del universo, que tiene fronteras más amplias e incluye 'partes débiles' que no son consumidores (principalmente empresas que se ven afectadas por asimetrías en sus relaciones con empresas más fuertes). Por consiguiente, la política de protección del Reglamento Roma I cubre tanto las relaciones contractuales B2C como las B2B.

## 2. La protección del consumidor en el Reglamento de Roma I

Consideremos en primer lugar la protección específica a los consumidores, comparándola con el régimen general del conflicto de leyes.

La base del régimen general se fundamenta en la combinación de los artículos 1º. y 4º. Según el artículo 1º., el criterio base para escoger la ley aplicable es el acuerdo entre las partes. Únicamente en los casos en los cuales no exista acuerdo entre las partes, entra a intervenir el criterio general supletivo, que consiste en la residencia habitual de la parte obligada a ejecutar la prestación característica del contrato. (El criterio se prescribe, expresamente, en el artículo 4.2 e implícitamente en el artículo 4.1 literales *a*) y *b*), los cuales hacen referencia a la residencia habitual del vendedor y del proveedor del servicio. En efecto, en los contratos correspondientes, son dichas partes las obligadas a ejecutar la prestación característica).

Este régimen general no se aplica a los contratos con el consumidor: la necesidad especial de proteger a los consumidores como partes débiles de los contratos B2C, implica la aplicación de un régimen especial, establecido en el artículo 6º. Según lo anterior, el criterio básico no es ya el de la libre elección de las partes, sino el criterio legal encaminado de manera evidente hacia la protección del consumidor (art. 6.1). La ley aplicable a los contratos con el consumidor es, en principio, la ley del país donde el consumidor tiene su residencia habitual<sup>72</sup>. A diferencia del criterio basado en la ejecución de la prestación característica, este no es un criterio *supletivo* en el sentido que no puede ser derogado (excepto dentro de los límites estrechos del artículo 6.2).

Ahora comenzaré a comparar el régimen especial para los contratos B2C establecido en el Reglamento Roma I, con otros regímenes especiales prescritos para los contratos que no son B2C.

<sup>72</sup> La aplicación del criterio del país de residencia habitual del consumidor implica, sin embargo, el requisito que el profesional realice sus actividades comerciales o profesionales en ese país, o dirija dichas actividades a ese país y que el contrato esté dentro del alcance de dichas actividades. Además, se excluye su aplicación cuando algunos contratos en particular (enumerados en el art. 6.4) están en juego.

### 3. Protección de la parte débil en los contratos B2B desequilibrados: contratos de franquicia y de distribución

El artículo 4.1, literales *e)* y *f)*, contiene una norma supletiva para escoger la ley aplicable a los contratos de franquicia y de distribución, en los casos en los cuales no haya habido acuerdo al respecto entre las partes; el criterio adoptado es el de la residencia habitual del franquiciado o del distribuidor.

Valga aclarar, que los contratos de franquicia y de distribución son necesariamente B2B y típicamente asimétricos (donde franquiciados y distribuidores son las partes débiles de la operación, por las razones que han sido ampliamente ilustradas por la literatura del análisis económico del derecho. Desde esta perspectiva, es importante notar que estos contratos quedan por fuera de la aplicación del criterio general supletivo (la residencia habitual de la parte obligada a ejecutar la prestación característica)<sup>73</sup>, al adoptarse un criterio diferente basado, evidentemente, en una política de protección a la parte débil, *i.e.* la residencia habitual del franquiciado y del distribuidor, el mismo criterio establecido en el artículo 6.1 con el fin de proteger a la parte débil –consumidores– en los contratos B2C.

En otras palabras, se aplica la misma regla a los contratos B2C y a los B2B, teniendo en cuenta que en los dos casos están en juego contratos asimétricos, en los cuales una parte es –debido a su posición en el mercado– débil y necesita protección legal.

### 4. Los artículos 5°. y 7°. del Reglamento Roma I: Protección al cliente vs. Protección al consumidor

Los artículos 5°. y 7°. hacen referencia a la elección de la ley aplicable a dos contratos en particular: el contrato de transporte y el de seguro. El punto crucial es su relación con normas que tienen que ver con la ley aplicable a los contratos con el consumidor, en los casos en los cuales un contrato es simultáneamente un contrato de transporte o de seguro y un contrato con el consumidor. Es una relación tanto jerárquica como de exclusión: los artículos 5°. y 7°. prevalecen sobre el artículo 6°. e impiden su aplicación. Si un contrato de transporte o de seguro es B2C, la ley aplicable se debe escoger de acuerdo con las reglas específicas para tales contratos y no según las normas de los B2C (art. 6.1).

La razón está prescrita en el considerando 32: debido a las “características especiales”, los contratos de transporte y de seguro requieren “disposiciones específicas” que “aseguren un nivel adecuado de protección de los pasajeros y de los

<sup>73</sup> En un contrato como el de franquicia, sin embargo, no es fácil determinar si la prestación característica es la del franquiciado o la del franquiciante. Para la discusión sobre los contratos de distribución desde el punto de vista de la ejecución de la prestación característica ver supra ANCEL, *pie de página* 32, pp. 130 ss.

titulares de las pólizas"; así, el artículo 6°. sobre los contratos con el consumidor "no debe aplicarse en el contexto de esos contratos específicos", que están regidos por las "disposiciones específicas" de los artículos 5°. y 7°. Creo que este análisis sea significativo en cuanto muestra claramente dos datos, que nos conducen a una conclusión.

El primer dato es que los artículos 5°. y 7°. buscan proteger una parte de la relación contractual y que dicha parte es la destinataria de los servicios de transporte y seguro, es decir, el cliente. La razón por la cual se protege dicha parte radica en la asimetría de la relación contractual, causada básicamente por el hecho –ya discutido– que la parte que está en el lado de la demanda tiene una posición ajena y pasiva en relación con la prestación característica del contrato, mientras que la otra parte goza de la posición dominante del proveedor, quien estando del lado de la oferta, es un *master and commander* de la prestación característica.

El segundo dato consiste en que esta disciplina de protección cobija, sin distinción, los contratos B2C y los B2B (y, más aún, los contratos donde el cliente no es ni un consumidor ni una empresa).

La conclusión es clara. Tenemos que ver con una disciplina que busca la protección de la parte débil en las relaciones de mercado asimétricas y dicha parte se protege, no porque sea un consumidor, sino porque es un cliente. Una vez más, se trata una disciplina que regula contratos S2C y que varía su centro de atención de la protección al consumidor a la protección al cliente.

Sin embargo, esta vez es necesaria una aclaración ulterior. Como se comentó anteriormente<sup>74</sup>, la política de protección al cliente, en la cual está basada la disciplina de los contratos S2C, por lo general no es lo suficientemente fuerte para dejar de lado (y reemplazar totalmente) la política de protección al consumidor, que guía la disciplina de los contratos B2C: las dos se pueden aplicar al mismo contrato<sup>75</sup>. En el Reglamento Roma I, por el contrario, las normas dedicadas a los contratos S2C (como los artículos 5°. y 7°. sobre los contratos de transporte y seguro) prevalecen sobre las normas en materia de contratos B2C (como el artículo 6°.). Aunque el contrato es B2C, se aplican los primeros, no el último; así, la protección al cliente prevalece sobre la protección al consumidor<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Supra V 7.

<sup>75</sup> No siempre, sin embargo: supra V 8.

<sup>76</sup> Un problema diferente (que no se está discutiendo aquí) es si la solución se da a favor o en detrimento del consumidor, en comparación con la solución alternativa. Con el objetivo de dar una respuesta, se debería comparar los resultados que se obtienen aplicando las unas o las otras, y evaluando cuál de las dos disciplinas de protección –protección al consumidor del art. 6°. y protección al cliente de los arts. 5°. y 7°.– realmente asegura un mayor grado de protección.

VII. CONTRATOS CON EL CONSUMIDOR VS. CONTRATOS ASIMÉTRICOS EN EL  
SOFT LAW CONTRACTUAL EUROPEO

Hasta este momento, sólo se han considerado las Directivas y los reglamentos comunitarios. Pero el derecho contractual europeo debe ser concebido desde una perspectiva más amplia, que se extiende más allá del acervo comunitario formado por fuentes legales formales y que incluye una serie de elementos que, formalmente, no tienen el rango de fuentes de derecho. Más allá del 'derecho comunitario' europeo formal –constituido por Directivas y reglamentos, y por tanto aquel que nace de las instituciones de la Unión a través del trabajo de las burocracias de Bruselas y de las mediaciones políticas que lo acompañan– existe un 'derecho común' europeo. Este derecho es el resultado de un proceso cuya naturaleza no es política-burocrática, sino más bien cultural y que consiste en la interacción de redes académicas y profesionales alrededor de Europa<sup>77</sup>.

Considero que esta noción de derecho 'común' (contractual) europeo es el marco apropiado dentro del cual, se puede incluir productos como los *Principles of European Contract Law* (PECL) de la Comisión Lando<sup>78</sup> y el más reciente *Draft Common Frame of Reference*<sup>79</sup>. Ahora intentaré identificar qué indicaciones ofrecen en cuanto a la evolución y a las tendencias aquí consideradas.

1. Los *Principles or European Contract Law* (PECL): generalizando el alcance de las normas sobre cláusulas abusivas de la protección al consumidor a la protección de la parte débil

Uno de los datos más significativos en los PECL es que ignoran totalmente a los 'consumidores' y a los 'contratos con el consumidor'. Desde el punto de vista del léxico de los PECL, en ellos no se usa nunca dichos términos; desde el punto de vista de la regulación sustancial, en ellos no se prevé ninguna norma específica para los contratos B2C.

<sup>77</sup> V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, en *Europa e diritto privato*, 2004, pp. 441-444. Ver también P. LERNER, *The relationship between "Common Principles", Comparative Law and the "New Ius Commune"*, en *European Review of Private Law*, 2008, pp. 949 ss.

<sup>78</sup> O. LANDO / H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Den Haag, Boston, London, 2002

<sup>79</sup> C. VON BAR/ E. CLIVE/ H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Munich, 2009 (reforma una *Interim Outline Edition* publicada en 2008). Es cierto que el DCFR es el resultado de un proceso que comenzó por una iniciativa 'oficial', cuál fue el Plan de Acción de la Comisión Europea de 2003 (supra pie de página 10). Sin embargo, los modos de producción del texto lo convierten, básicamente, en un producto 'cultural', que pertenece mucho más al Derecho 'común' europeo que a la legislación de la 'Comunidad' europea. Lo demuestra el hecho de que sus autores insistan en que es un simple *academic CFR*, precisando que su transformación en *political CFR*, requerirá decisiones formales y actos de las instituciones de la Unión (Introducción, n. 4).

Es cierto que cuando se lee algunos de los Principios –en particular los artículos 2:104 y 4:110– es imposible no pensar en contratos B2C, cuando uno encuentra en ellos normas que han sido claramente tomadas de la Directiva 1993/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos con el consumidor. El punto es que los PECL –a diferencia de la Directiva– no restringen la aplicabilidad de dichas normas a los contratos B2C, sino que la extienden a todos los casos en los cuales las cláusulas contractuales no hayan sido negociadas individualmente (cualquiera que sea el estatus de las partes)<sup>80</sup>.

La falta de negociación individual, en efecto, evidencia que la posición de superioridad en el mercado de una parte, le otorga el poder de imponer unilateralmente las cláusulas contractuales a la otra parte. Este es el factor de asimetría que nos conduce a ver a la parte que sufre tal imposición unilateral, como la parte débil y por tanto aquella que necesita protección legal.

En resumen, los PECL no tratan el tema de los contratos con el consumidor, sino, en general, el de los contratos asimétricos, incluyendo tanto las operaciones B2C como las B2B. Éstos reconocen que la política de protección perseguida por el legislador europeo de 1993 para las operaciones con el consumidor, debería extenderse a un área más amplia de relaciones contractuales, que se caractericen por tener una asimetría significativa entre las partes contractuales. Por consiguiente, extienden la normatividad de protección, concebida originalmente sólo para los contratos B2C, a un universo más amplio de contratos asimétricos (en cuanto no negociados).

Sin embargo, los PECL no son el único contexto en el cual surgió la discusión acerca de cuál era el alcance apropiado que debía darse a las normas en materia de cláusulas abusivas. Se encuentran precedentes en los trabajos preparatorios de la Directiva 1993/13 y desarrollos posteriores en las jurisdicciones nacionales. Me referiré a ambos más adelante<sup>81</sup>.

## 2. *El Draft Common Frame of Reference (DCFR)*

### a) Los contratos con el consumidor en el DCFR

A diferencia de los PECL, el DCFR se ocupa de los contratos B2C, sobre una base específica y diferenciada, dedicándoles reglas especiales que, obviamente, apuntan a la protección de la parte consumidora<sup>82</sup>. Es más, algunas de ellas implican que, frente a la empresa, la parte débil sea una especie de consumidor, adicionalmente

<sup>80</sup> Como señala MICKLITZ, *supra* pie de página 7, 341-342, 348.

<sup>81</sup> *Infra* VIII.

<sup>82</sup> Menciona II.-1:109/7; II.-1:110/4-5; II.-3:102; II.-3:103; II.-3:104; II.-3:105/4; II.-3:106/4; II.-3:108/2; II.-3:109/1; II.-3:109/5; II.-3:201/3; II.-3:202/4; II.-3:401; II.-5:105/6; II.-5:106; II.-5:201; II.-5:202; II.-9:102/4-6; II.-9:402/2; II.-9:403; II.-9:407/2; II.-9:409; II.-9:410; III.-

calificado por una posición de "desventaja particular"<sup>83</sup>. Como veremos, esta regulación especial de los contratos con el consumidor, hace parte de un marco complejo y articulado de diversas clases de relaciones contractuales, esquematizado en el DCFR en relación con el estatus de las partes contractuales<sup>84</sup>.

Mi opinión es que, a pesar del notable cuerpo normativo dedicado a los contratos B2C, el DCFR no otorga a la categoría una posición importante ni central, como tradicionalmente se había advertido en el derecho contractual europeo, hasta finales del siglo XX.

En primer lugar, se debe notar que el concepto de 'consumidor' en el DCFR es muy diferente –menos estricto, más flexible– del concepto adoptado en las Directivas y en las decisiones de la Corte Europea de Justicia (CEJ). En efecto, se define<sup>85</sup> como "toda persona física que actúe principalmente con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa o profesión", donde adverbio "principalmente" es el punto de tensión, puesto que deja ver una especie de rechazo a la decisión de la CEJ en el caso *Gruber*<sup>86</sup>.

La cuestión principal, sin embargo, es que la categoría de los contratos con el consumidor no parece tener una relevancia sistemática particular en la arquitectura del DCFR. Por ejemplo, la figura del contrato B2C aparece en el título del capítulo únicamente en lo que tiene que ver con un tipo específico de contrato –la compraventa–<sup>87</sup>. Este privilegio sistemático no se reconoce con respecto a otros tipos de contratos<sup>88</sup>. Aún más importante, los contratos con el consumidor no ocupan ningún lugar en el marco de la disciplina del contrato en general, contenido en

3:108; IV.A.-1:204; IV.A.-2:304; IV.A.-2:308/2; IV.A.-2:309; IV.A.-4:101; IV.A.-4:201; IV.A.-5:103; IV.B.-1:102.

<sup>83</sup> Art. II.-3:103; II.-3:109/1.

<sup>84</sup> Existen, creo, seis clases diferentes de contratos: los contratos B2C (supra pie de página 82); contratos B2C donde el consumidor se encuentra en una situación de desventaja particular (supra pie de página 83); contratos B2B (infra b) aa)); contratos entre una empresa y otra parte o B2AP (infra b) bb)); contratos entre partes que no son empresas o *private to private* –P2P– (art. II.-9:404); contratos entre un consumidor y otra parte o C2AP (art. III.-3:107/4; IV.D.-5:101/3); contratos entre un consumidor y un no consumidor (art. IV.G.-4:101-107).

<sup>85</sup> Art I.-1:105/1.

<sup>86</sup> Supra pie de página 4. Según la definición del DCFR, el caso habría podido decidirse en otra forma. También los *Acquis Principles*, ver ACQUIS GROUP, *Principles of Existing EC Contract Law*, Munich, 2007, amplían la definición de consumidor: "*any natural person who is mainly acting for purposes...*" (art. 1:201). En el contexto inglés, una definición similar se presentó en el *Draft Unfair Contract Terms Bill* de 2005 que (infra IX), en el art. 26, define "contrato con el consumidor" como aquel celebrado entre una empresa y "*an individual... who enters into it wholly or mainly for purposes unrelated to a business of his*". La expresión '*wholly or mainly*', prescrita en el *Draft Bill*, parecería alejarse de la definición, más restringida, del art. 3.1 de la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999* (que adoptó la Directiva 1993/13), de acuerdo con el cual un consumidor es "*any natural person who... is acting for purposes which are outside his trade, business or profession*".

<sup>87</sup> IV.A., Capítulo 6.

<sup>88</sup> En el campo de los contratos de *lease of goods* la categoría del contrato con el consumidor se nombra solamente en el título de un artículo, el art. IV.B.-1:102.

el DCFR en los libros II y III; esto se puede demostrar con el hecho de que la frase 'contrato con el consumidor' no se encuentra en ningún título de párrafo, sección o capítulo.

#### b) Contratos empresariales (diferentes de los contratos con el consumidor) en el DCFR

En efecto, en el DCFR se le otorga a los contratos con el consumidor una posición sistemática que no es superior a la de otras clases de contratos empresariales, donde la contraparte de la empresa no es (necesariamente) un consumidor. El DCFR plantea dos tipos de contratos que no son contratos con el consumidor y dedica un grupo de normas a cada uno de ellos.

##### aa) Contratos B2B

Un primer grupo incluye normas que asumen que una parte con estatus de empresa está contratando con otra parte que tiene también el mismo estatus. Dichas normas, entonces, constituyen la disciplina de los contratos B2B. Estas son: artículo II.-3:101/2 sobre el deber de información precontractual; artículo II.-4:210 sobre la confirmación formal del contrato; artículo II.-9:405 sobre cláusulas abusivas; artículo IV.A.-4:302 acerca de la notificación de inconformidad en los contratos de compraventa de bienes; artículo IV.C.-4:108 sobre la justa limitación de la responsabilidad en contratos de servicio de procesamiento. Casi todas estas normas implican una posición asimétrica de las partes y buscan proteger a la empresa débil frente a aquella dotada de un poder contractual superior. La justificación de tal protección no radica en el que la parte protegida sea una pequeña o mediana empresa<sup>89</sup>, sino más bien, en el hecho de que está contratando con el ejecutor de la prestación característica del contrato, o con la parte que redactó unilateralmente las cláusulas del contrato. Este, probablemente, no es el fundamento racional de los artículos II.-4:210 y IV.A.-4:302, los cuales se basan, aparentemente, en razones más neutrales de racionalidad técnico-operacional.

El artículo II.-9:405, que define el concepto de cláusulas abusivas en los contratos entre empresas, merece una atención especial en este contexto, debido a que tiene una correspondencia en otro artículo sobre cláusulas abusivas en los contratos "entre una empresa y un consumidor" (artículo II.-9:403). Esta correspondencia me parece significativa desde el punto de vista sistemático.

Lo que es significativo es que el DCFR haya optado por no tratar los contratos con el consumidor como un elemento central y privilegiado dentro de su arquitectura, y no haya hecho de éstos una sombrilla sistemática bajo la cual incluir el

<sup>89</sup> Sobre este particular, ver la crítica de M. HESSELINK, *Common Frame of Reference & Social Justice*, en *European Review of Contract Law*, 2008, pp. 264-265.



conjunto de cuestiones sustanciales surgidas de las relaciones contractuales B2C –incluyendo la cuestión de las cláusulas abusivas–. No es el concepto de contrato con el consumidor el que gobierna el sistema. El concepto que lo gobierna es el de cláusulas abusivas. Este es el concepto que representa un elemento central y privilegiado en la arquitectura del DCFR (y por tanto es el título de la sección 4ª. del capítulo 9º. del libro II). En la sección 4ª. se encuentra la norma acerca de las cláusulas abusivas en los contratos B2C, al lado de otra norma en materia de cláusulas abusivas en los contratos B2B.

Desde el punto de vista del contenido normativo, éstas son muy (aunque no dramáticamente) diferentes<sup>90</sup>; mientras que desde el punto de vista sistemático tienen un estatus idéntico. En consecuencia, la categoría de los contratos con el consumidor tiende a perder la posición central y privilegiada que le fue otorgada por el derecho contractual europeo hasta finales del siglo XX. Otras categorías basadas en cualificaciones subjetivas diversas –como la categoría de los contratos B2B– reclaman, y en cierta medida obtienen, la misma dignidad sistemática.

#### bb) Contratos B2AP (*Business to 'Another party'*)

El segundo grupo de normas tiene que ver con las operaciones donde la parte que contrata con una empresa es señalada como 'otra persona' u 'otra parte' sin calificaciones adicionales. Dicha parte puede ser un consumidor, o una empresa, o ni consumidor ni empresa. Haciendo uso del acrónimo, estos contratos se denominan contratos B2AP.

El grupo incluye: artículos II.-3:101/1, II.-3:105, II.-3:106/1-2, II.-3:109/2-3, todos sobre los deberes de información precontractual y el artículo II.-9:102/2-3 sobre los acuerdos precontractuales como cláusulas del contrato. La asimetría, que es la razón de ser de la protección de la 'otra parte' frente a la empresa, se basa en el rol que desempeña la empresa en el mercado como ejecutora de la prestación característica del contrato, o (en el caso del artículo II.-3:105) en el hecho de que la empresa elija y controle los medios técnicos (electrónicos) a través de los cuales se perfeccionará el contrato.

#### c) Conclusión

La opción sistemática del DCFR obviamente tiene un fundamento político, el cual se conecta con la valoración, por parte de los redactores, de los intereses sociales

<sup>90</sup> En los contratos B2C, el criterio de *unfairness* consiste en la desventaja significativa para el consumidor mientras que en los contratos B2B es la fuerte desviación de la *good commercial practice*. Haciendo referencia a las dos clases, se menciona un criterio común adicional cual es la violación de la buena fe y del *fair dealing*.

merecedores de protección legal. Este fundamento está constituido por la idea de que los consumidores no tienen el monopolio de la necesidad de protección como partes débiles en los contratos con una empresa, sino que esta necesidad también concierne a otros sujetos del mercado (especialmente pequeñas empresas), que padecen, al igual que los consumidores, una asimetría en el poder contractual en sus relaciones con partes contractuales más fuertes. Esta idea se ha expresado abiertamente tanto en la Introducción del DCFR<sup>91</sup>, como en los *Principles* que se encuentran antes de las *Model Rules*<sup>92</sup>. A la luz de estos datos, parece posible argumentar que el DCFR –al igual que los PECL antes de éste– varía su centro de atención, de la categoría estrecha de los contratos con el consumidor, a la categoría más amplia de los contratos asimétricos.

### VIII. RE-DISCUTIENDO EL ÁREA COBIJADA POR LAS NORMAS SOBRE CLÁUSULAS CONTRACTUALES ABUSIVAS

Como se vio anteriormente, los PECL extendieron la aplicación de las normas en materia de cláusulas abusivas, creadas por la Directiva 1993/13 para los contratos con el consumidor, a todos los contratos en general, sin importar el estatus de las partes, previendo únicamente que éstos hayan sido redactados unilateralmente por una de las partes y no hayan sido negociados individualmente por la otra. También en el DCFR se considera que la disciplina sobre las cláusulas abusivas no debe estar restringida a los contratos B2C, sino que debe tratar también los contratos B2B (aun cuando el criterio para estimar el abuso no es exactamente el mismo en los dos casos<sup>93</sup>).

#### 1. Trabajos preparatorios de la Directiva 1993/13

Las opciones escogidas por el *soft law* contractual europeo no aparecieron de la nada. Ellas llevan a cabo –muchos años más tarde– una idea que ya había sido considerada y sugerida (sin éxito) durante los trabajos preparatorios de la Directiva 1993/13.

<sup>91</sup> Donde se menciona la propuesta “que, como se ha hecho en algunos Estados miembros, normas particulares del acervo en materia de consumo puedan ser aplicadas en forma más general” (pie de página 63).

<sup>92</sup> Ver, e.g., DCFR Principle 10 *Correcting inequality of bargaining power*. “...A party who is offered a standard form contract and ... is unhappy with the terms offered, may find that it is impossible to get the other party, or any other possible contracting party, to offer better terms... Such problems are most common when a consumer is dealing with a business, but can also occur in contracts between businesses, particularly when one party is a small business that lacks bargaining power”. Principle 46 *Protecting the vulnerable*: “People presented with standard terms prepared by the other party are ... in a vulnerable position, whether or not they are consumers”.

<sup>93</sup> La consecuencia jurídica es, en todo caso, idéntica: Tanto en los contratos B2C como en los contratos B2B las cláusulas contractuales abusivas no obligan a la parte débil (consumidor, empresa débil), art. II.-9:408.

En 1986, el Parlamento Europeo aunque en principio aprobaba las iniciativas normativas de la Comisión en materia de protección al consumidor contra las cláusulas abusivas, propuso, sin embargo, que la nueva disciplina tuviera un alcance general y no estuviera restringida únicamente a la protección al consumidor<sup>94</sup>. En 1991 el Comité Económico y Social dio su opinión con respecto a la propuesta de Directiva y le solicitó a la Comisión que considerara, en un futuro próximo, la posibilidad de prohibir las cláusulas abusivas en todos los contratos, hubieran sido o no celebrados con consumidores, teniendo particularmente en cuenta los problemas que surgían con las pequeñas y medianas empresas, especialmente en lo que tenía que ver con los contratos por adhesión<sup>95</sup>.

## 2. Señales y tendencias en las jurisdicciones nacionales

La Directiva 1993/13 no adoptó estas sugerencias y decidió restringir la disciplina sobre las cláusulas abusivas a los contratos B2C únicamente. Los países miembros siguieron la misma opción al adoptar la Directiva en sus jurisdicciones nacionales.

Existe razón para creer que esta restricción adoptada por la Directiva 1993/13, es objeto, actualmente, de una nueva valoración crítica no sólo en los productos del *soft law* arriba mencionados, sino también en el marco legislativo de los Estados miembros.

### a) Italia: Corte Costituzionale, n. 469/2002

La primera indicación proviene de Italia. La legislación nacional que adoptó la Directiva 1993/13 y que se aplicaba exclusivamente a los contratos con el consumidor y no a los contratos con pequeñas empresas, fue demandada frente a la Corte Constitucional con base en la irrazonable violación del principio de igualdad establecido en el artículo 3 de la Constitución italiana de 1948 y, particularmente, con base en una discriminación injustificada entre clases de partes contractuales con una misma necesidad de protección. La Corte Constitucional negó<sup>96</sup> el mérito de la demanda, pero con motivos extremadamente débiles<sup>97</sup>. Así, el camino parecería abierto para una nueva demanda de inconstitucionalidad en contra de la disciplina, con base en su irrazonable restricción a los contratos con el consumidor<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre las cláusulas abusivas en los contratos del 21 de febrero de 1986, pt 4: doc. A2-194/85, Diario Oficial n.º C 068 de 24/03/1986, p. 194.

<sup>95</sup> Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores del 24 de abril de 1991, pt. 2.3.3, Diario Oficial n.º C 159 de 17/06/1991 p. 34.

<sup>96</sup> Sentencia del 22 de noviembre de 2002, n.º 469.

<sup>97</sup> V. ROPPO, *National Developments - Italy*, en *European Review of Contract Law*, 2005, p. 283.

<sup>98</sup> F. RINALDI, *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, en *Nuova Giuris-*

*b) Reino Unido: un programa de reforma de la legislación sobre las cláusulas contractuales abusivas*

Una indicación más fuerte proviene del Reino Unido. En enero de 2001, el Gobierno le encargó a la *Law Commission*<sup>99</sup> la tarea de redactar una reforma sobre las cláusulas contractuales abusivas, con el objetivo de unificar el *Unfair Contract Terms Act 1977* y el *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999*. En 2002, la Comisión abrió a debate público un *consultation paper* y, luego de recoger las opiniones de los participantes, finalizó el proyecto de ley que envió al Parlamento en febrero de 2005.

La propuesta de la Comisión contiene varios aspectos de gran interés, pero en el tema que nos ocupa, un argumento debe ser especialmente considerado: la opción de ampliar la protección legal contra las cláusulas abusivas que la ley reservaba únicamente a los contratos con el consumidor, a los contratos en los que también participen pequeñas empresas<sup>100</sup>. De hecho, la propuesta original de la Comisión, según lo dispuesto en el *consultation paper* de 2002, estaba a favor de una unificación aún más radical de los regímenes legales: además de ir más allá de los contratos con el consumidor, la aplicación de la nueva disciplina debía ampliarse de igual forma a todos los contratos B2B sin ninguna distinción –no solamente a los contratos entre pequeñas y grandes empresas, sino también a aquellos entre empresas del mismo tamaño–<sup>101</sup>.

*prudenza civile commentata*, 2009, II pp. 39 ss.; R. CALVO, *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, p. 869 ss.

<sup>99</sup> Más exactamente, la *Law Commission* junto con la *Scottish Law Commission*.

<sup>100</sup> La sistemática del *Draft Bill* está estructurada, según una división general, en contratos con el consumidor (parte 2) y contratos con no consumidores (parte 3). En el marco de esta última, el *Draft Bill* introduce (además de una regulación especial para los contratos de trabajo) disciplinas diferentes para tres tipos de contratos; normas generales aplicables a todos los contratos B2B, normas aplicables únicamente a los contratos B2B que incluyan una pequeña empresa (B2SB); normas para contratos entre particulares (P2P), donde ninguna de las partes es o actúa como una empresa. Como se mencionó, la decisión fundamental del *Draft Bill*, fue extender la protección contra las cláusulas abusivas, tradicionalmente restringida únicamente a los consumidores, a las pequeñas empresas. Es necesario hacer dos aclaraciones adicionales. La primera, es que la extensión no es completa, en el sentido que existen dos diferencias: mientras los consumidores están siempre protegidos en contra de las cláusulas abusivas (no importa si éstas han sido, o no, negociadas), las pequeñas empresas se protegen únicamente en los casos en los cuales las cláusulas abusivas no hayan sido negociadas (sec. 11). Además, mientras que en los contratos con el consumidor la carga de la prueba acerca de la validez de la cláusula recae sobre la empresa (sec. 16), en los contratos con las pequeñas empresas corresponde a la pequeña empresa demostrar que las cláusulas (no negociadas) son abusivas (sec. 17.2). La segunda aclaración consiste en que la parte que se protege contra las cláusulas abusivas no es –si uno sigue los conceptos del acervo comunitario (*supra* pie de página 60)– la pequeña empresa, sino más bien la microempresa, si se tiene en cuenta que el *Draft Bill* hace referencia a empresas que no emplean más de 10 personas (sec. 27).

<sup>101</sup> Una solución que habría sido más cercana al modelo de los PECL. De alguna forma, podría asociarse esta observación, con el hecho de que la *Law Commission*, contó entre sus miembros

La importancia de esta propuesta no se ve empañada por el hecho de que no haya producido, hasta ahora, un cambio legislativo efectivo.

#### IX. UNA RESPUESTA TENTATIVA AL PRIMER INTERROGANTE

A partir de los datos diversos (pero convergentes) expuestos en las páginas anteriores, parece posible esbozar algunas conclusiones provisionales, que podrían ser usadas como respuestas tentativas a los dos interrogantes planteados al comienzo.

Presento estas conclusiones con una advertencia. Al llamarlas 'tentativas', subrayo que de ninguna manera las considero cuestiones cerradas y *a fortiori*, tampoco proposiciones finales (para las cuales sería necesario un análisis y un trabajo de reconstrucción más largos y profundos de los que llevé a cabo en el presente artículo). Estoy simplemente esbozando hipótesis que tal vez merezcan explorarse y cultivarse a través de una investigación más completa y orgánica.

Comencemos con el primer interrogante: ¿los contratos con el consumidor siguen siendo la categoría central y privilegiada en el derecho contractual europeo?

##### 1. Cuatro hipótesis de trabajo

En cuanto a esta pregunta, formulo cuatro hipótesis de trabajo.

*a) Primera: La categoría de los contratos con el consumidor está perdiendo su centralidad absoluta*

Los contratos con el consumidor están perdiendo, al menos parcialmente, la posición central y predominante que tuvo la categoría en el sistema de derecho contractual europeo. En efecto, durante los últimos diez años principalmente, los legisladores europeos han regulado las relaciones contractuales entre sujetos del mercado, aún en contextos donde los contratos B2C no estaban específicamente en juego.

*b) Segunda: Una tendencia a la protección de la empresa débil en los contratos B2B desequilibrados*

Ocasionalmente, la normatividad se ocupa de contratos que son estrictamente B2B. En dichos casos, el legislador asume que una de las partes de la operación es una empresa fuerte que se enfrenta a otra que, por alguna razón, es más débil y

con HUGH BEALE, quien desempeñó un rol definitivo, junto con OLE LANDO, en la redacción de los PECL.

necesita protección legal (porque es una pequeña empresa o una microempresa, porque económica o técnicamente depende de la otra parte, porque está expuesta a un riesgo financiero –como el riesgo del retardo en los pagos– en relación con la otra parte, etc.).

La preocupación europea, cada vez mayor, con respecto a la regulación de esta cuestión puede expresarse con el siguiente lema: de la protección al consumidor a la protección de la parte débil en los contratos B2B desequilibrados.

*c) Tercera: De la protección al consumidor a la protección del cliente*

Con mayor frecuencia, la normatividad tiene que ver con los contratos B2AP, que son contratos en los cuales una parte es una empresa, mientras que la otra parte es simplemente 'otra parte', que no está calificada por ningún estatus en particular (puede ser un consumidor, una empresa, o puede no ser ni consumidor ni empresa).

En la mayoría de estos casos, el legislador se centra en las operaciones entre proveedor y destinatario del bien o (más a menudo) servicio, que constituye la prestación característica del contrato y asume que el destinatario (el cliente) es la parte débil de la relación, debido al hecho que es un *outsider* con respecto a la prestación característica, la cual está sujeta al control técnico y organizativo del proveedor. Los contratos S2C (*supplier to customer*) emergen entonces como una categoría importante.

El lema de esta línea normativa podría ser: de la protección al consumidor a la protección al cliente<sup>102</sup>.

*d) Cuarta: De la regulación de los contratos con el consumidor a la regulación de los contratos asimétricos*

Al poner todos estos casos juntos, se observa claramente que existe una política común en la cual se basan las normativas arriba mencionadas, *i.e.* la política de protección a la parte débil en las relaciones que aparentan ser 'asimétricas', en el sentido

<sup>102</sup> Sin embargo, se debe admitir que el cuadro puede ser más complejo y que las líneas generales apenas esbozadas deben verse como simples tendencias. En particular, no puede decirse en términos absolutos que en los contratos de suministro de bienes o servicios la parte débil, protegida por la ley, es siempre el cliente o el destinatario de la prestación característica del contrato. Esto es cierto en la mayoría de casos, pero no en todos. Por ejemplo, no es cierto, como se vio anteriormente, en los casos de los agentes comerciales frente a los empresarios o de los acreedores comerciales frente a sus deudores; y tampoco es cierto en el caso de una relación entre el subproveedor (*subfornitore*) y un contratista principal (previsto en la ley italiana 192/1998, *supra* pie de página 2). Aquí, la parte débil, beneficiaria de la protección legal, es el proveedor y no el cliente. La razón es que en estas situaciones particulares la posición del proveedor presenta factores de debilidad *específica* que prevalecen sobre el factor *genérico* de dominio que se deriva del control sobre la ejecución de la prestación característica del contrato.

que las dos partes ocupan posiciones diferentes o desempeñan roles diferentes en el mercado, que les otorgan grados de poder contractual muy distintos.

Un posible lema, más generalizado, para esta tendencia sería: de la regulación de los contratos con el consumidor a la regulación de los contratos asimétricos.

## 2. Por una mejor definición de los 'contratos asimétricos'

El concepto de 'contratos asimétricos' incluye el de contratos con el consumidor. En este marco, los contratos con el consumidor representan una parte importante (digamos la más importante), pero no la única. El concepto es más amplio y su alcance va más allá de las relaciones B2C. Podría ser útil definir sus límites.

### a) Contratos empresariales (mercantiles), que no son contratos P2P (*private to private*)

En primer lugar, la categoría se refiere a los contratos entre sujetos del mercado, que sirven para revestir jurídicamente las operaciones del mercado. Esto es coherente con el hecho de que el tipo de regulación jurídica aquí considerado pertenece, típicamente, al dominio de la *market regulation*.

El presupuesto básico es que al menos una de las partes sea una empresa, de manera que los contratos asimétricos a los que aquí se hace referencia, son necesariamente contratos empresariales.

En consecuencia, la categoría no incluye aquellos contratos en los cuales ninguna de las partes es (*rectius* actúa como) una empresa, es decir, aquellos denominados contratos 'privados' o, haciendo uso del enésimo acrónimo, contratos P2P (*private to private*).

### b) Asimetrías socialmente fisiológicas, no patológicas

En segundo lugar, la asimetría que divide las partes y crea la necesidad de protección de la una con respecto a la otra, es una asimetría debida a factores socialmente fisiológicos y no patológicos. En otras palabras, se deriva de las condiciones objetivas del mercado, más exactamente, de algunas de las fallas del mercado ordinarias, que pertenecen a la fisiología y no a la patología del mercado. En efecto, como todo el mundo sabe, la competencia perfecta existe únicamente en la teoría, mientras que en el mundo real, la competencia es siempre imperfecta. El mercado está siempre expuesto (*i.e.* fisiológicamente) a fallas que requieren medidas de regulación.

Esta es la razón por la cual, el concepto aquí considerado no incluye las asimetrías en el poder contractual, pues estas son, al contrario, socialmente patológicas, debido a que no dependen de la estructura y de los procesos objetivos del mercado, sino, más bien, provienen de factores que, de alguna manera, son anómalos y se desvían de la dinámica normal de las relaciones sociales, incidiendo en forma individual y no estandarizada en la esfera de las víctimas. Como respuesta a es-

tos factores de asimetría el derecho contractual ofrece diferentes remedios –los remedios tradicionales almacenados en el arsenal– (me refiero a los sistemas de derecho continental) de viejos códigos civiles, como aquellos en contra del error, el dolo o la fuerza, o en contra de la *laesio enormis* en los contratos concluidos en circunstancias anómalas<sup>103</sup>.

Estos contratos también son, en general, asimétricos, teniendo en cuenta que una de las partes se encuentra en posición de inferioridad con respecto a la otra. El punto es que, en todo caso, la debilidad contractual de la parte, proveniente de error, dolo o fuerza, o de la presión de un estado de peligro o necesidad significativo, depende de factores individuales y socialmente patológicos<sup>104</sup>. Por el contrario, la debilidad de negociación del agente comercial frente al empresario, del franquiciante frente al franquiciado, de los acreedores frente a los deudores, de los clientes frente a los proveedores, generalmente depende de factores de mercado estandarizados y por ende socialmente fisiológicos. Esta es exactamente la clase de inferioridad contractual a la que se refiere el concepto de contratos asimétricos, como aquí se ha entendido.

En ambos casos, una de las partes debe protegerse frente a la otra, pero la necesidad de protección tiene características diferentes en la primera y en la segunda clase de asimetrías. Por consiguiente, las dos clases requieren mecanismos de protección diferentes: en efecto, el sistema de remedios para los contratos mercantiles asimétricos establecido en la regulación del mercado contemporánea, es muy diferente al sistema tradicional de remedios del Código Civil.

#### X. UNA RESPUESTA TENTATIVA AL SEGUNDO INTERROGANTE

El primer interrogante implica, principalmente, una verificación factual acerca de la existencia o no de ciertas tendencias en el derecho europeo. Partiendo de la base que se juzga que existan, el segundo interrogante implica una valoración acerca de si dichas tendencias y sus posibles consecuencias son socialmente deseables.

Las respuestas a este segundo interrogante pueden darse desde un punto de vista político y desde un punto de vista técnico.

<sup>103</sup> Arts. 1447 y 1448 del Código Civil Italiano, por ejemplo, prescriben el remedio de la *rescissione* contra los contratos gravemente desequilibrados en su contenido económico, siempre y cuando hayan sido concluidos bajo la presión de un peligro (*stato di pericolo*) o de una necesidad (*stato di bisogno*).

<sup>104</sup> No necesariamente restringidos a aquellos que afectan a "los socialmente inadecuados y los incapaces absolutos y relativos, que no están en capacidad de proteger adecuadamente sus intereses económicos" en P. ATIYAH, *An introduction to the Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 28. Ver también T. HARTLIEF, *Freedom and Protection in Contemporary Contract Law*, en *Journal of Consumer Policy*, 2004, pp. 265-266.



## 1. Punto de vista político: la regulación del mercado avanza hacia metas de justicia y eficiencia

Desde un punto de vista político, ampliar la aplicación de la normatividad de protección, del área de los contratos B2C a un área más amplia como es la de las relaciones de mercado asimétricas (incluyendo las operaciones B2B), es un objetivo que merece total aprobación.

Éste lleva a cabo, de manera más completa, la estrategia de intervención contra las fallas del mercado, de la cual las políticas de protección al consumidor son un aspecto importante, pero no exclusivo. La protección a las empresas débiles u otros sujetos del mercado diversos de las empresas o los consumidores (pensemos en las organizaciones sin ánimo de lucro), en sus relaciones contractuales con empresas más fuertes, a menudo tentadas a tener un comportamiento oportunista, puede introducir en el mercado preciosos elementos de justicia/corrección y de racionalidad/eficiencia<sup>105</sup>.

Me parece que esta consideración está alineada con posiciones como aquella sostenida tanto por el Manifiesto "para la justicia en el derecho contractual europeo"<sup>106</sup>, como por los estudiosos que insisten en una 'dimensión distributiva' para todo el derecho contractual (y no sólo en el segmento que cubija las operaciones B2C)<sup>107</sup>. Esto me lleva a no estar de acuerdo con quienes están en contra de generalizar y extender el alcance de la disciplina de protección concebida originalmente para los consumidores, probablemente preocupados por una disminución de su propio potencial de protección<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> Dos objetivos que asumo como posiblemente convergentes y no necesariamente en conflicto, contrario a los muchos que –algunos hablando en nombre de la justicia o de la protección de la parte débil, otros en nombre de la libertad contractual y de la competencia del mercado– los consideran contradictorios y, por ende, entienden que exista una separación/oposición entre un derecho contractual para el mercado y la competencia y un derecho contractual para la justicia y la protección de la parte débil. Ver, por ejemplo, A. PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, en *Rivista di diritto civile*, 2008, 1, pp. 702 ss.

<sup>106</sup> GRUPO DE ESTUDIO, *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, en *European Law Journal*, 2004, pp. 653 ss.

<sup>107</sup> H. COLLINS, *The Alchemy of Deriving General Principles of Contract Law from European Legislation: In search of the Philosopher's Stone*, en *European Review of Contract Law*, 2006, pp. 213 ss.; H. COLLINS, *Market Integration, Social Justice, and Autonomous Agreements: Regulating Transactions in Europe*, en V. ROPPO (ed.), *A European Civil Code? Perspectives and Problems*, Milano, 2005, pp. 161 ss.; H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, en *Rivista critica di diritto privato*, 2003, pp. 659 ss. Además, entre otros, M. MELI, *Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party*, en *European Review of Contract Law*, 2006, pp. 159 ss.; A. SOMMA, *Social Justice and the Market in European Contract Law*, 2006, pp. 181 ss.

<sup>108</sup> Ver, por ejemplo, C.U. SCHMID, *The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Code*, en *European Review of Contract Law*, 2005, pp. 311 ss.; G. HOWELLS, *Sectoral Report: the Scope of European Consumer Law*, en *European Review of Contract Law*, 2005, pp. 360 ss.

## 2. El punto de vista técnico (sistemático): unidad/coherencia vs. fragmentación del sistema de derecho contractual

En mi opinión, la tendencia que estamos considerando también merece apoyo desde un punto de vista técnico. La dimensión técnica de la valoración implica, básicamente, un problema de 'sistemática normativa', *i.e.* el patrón o modelo según el cual se concibe y se construye la estructura general del sistema de derecho contractual.

Desde el punto de vista sistemático, se debe reconocer que la entrada prepotente de los contratos con el consumidor a los sistemas contemporáneos de derecho contractual, ha determinado consecuencias notables, muchas de las cuales han sido positivas y beneficiosas (principalmente aquellas relacionadas con el amplio apoyo del que goza la categoría), otras, tal vez, discutibles.

Dentro de las consecuencias discutibles, pienso que aquellas que afectan aspectos sistemáticos deben ser mencionadas. El precio que el sistema de derecho contractual paga por el arribo de los contratos con el consumidor, es una fuerte fragmentación del sistema en sí mismo, que de ninguna manera puede considerarse un precio bajo.

Tradicionalmente, el sistema de derecho contractual solía estar estructurado según una articulación binaria: una *Allgemeiner Teil* (parte general) dedicada al contrato como tal, sin importar el tipo particular al cual el contrato pueda pertenecer; una *Besonderer Teil* (parte especial), dedicada a varios tipos de contratos. El contrato con el consumidor rompe esta estructura, pues como objeto de regulación, no es ni general, ni especial. Es un tercer elemento que penetra en las dos y crea en cada una de ellas un nicho normativo separado, como por ejemplo, la disciplina de las cláusulas abusivas al interior de la parte general, o la disciplina particular de las garantías de conformidad, al interior de la parte especial de la compraventa.

Esta transformación estructural del derecho contractual puede suscitar algunas preocupaciones y éstas no se dan en nombre de una fidelidad ciega al viejo orden sistemático, ni por temor de perder la elegancia dogmática de la tradición, ni por nostalgia de la unidad del *Rechtssubjekt*, conquistada por la escuela Pandectística, paralelamente a la formidable elaboración del *Rechtsgeschäft* y ahora amenazada por la fragmentación de sujetos según su estatus socio-económico ('consumidor', 'empresa', 'pequeña empresa', 'microempresa', etc.)<sup>109</sup>. Y obviamente tampoco —¡Dios no lo quiera!— por causa de una antipatía aristocrática por un personaje 'estéticamente miserable'<sup>110</sup>.

<sup>109</sup> La categoría de contrato con el consumidor como un fuerte factor de disolución del *Rechtssubjekt*, ha sido comentada por V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, en *Giurisprudenza italiana*, 1993, IV, p. 72.

<sup>110</sup> El 'débil' consumidor muy diferente al burgués *Rechtssubjekt* jefe protagonista de la tradición

De hecho, la preocupación se refiere al riesgo que la fragmentación (fuertemente inducida por la categoría de contrato con el consumidor) no dé lugar a un sistema de derecho contractual más flexible y mejor equipado para ofrecer respuestas adecuadas a la complejidad de la sociedad contemporánea, sino que por el contrario, pueda crecer y extenderse al punto de deformar el derecho contractual y convertirlo en un enredo normativo tan inconsistente e incoherente que no esté en grado de funcionar como una maquinaria eficiente para la administración de las relaciones sociales<sup>111</sup>.

Esta fragmentación 'sistemática' del derecho contractual no parece ser menos peligrosa que la fragmentación 'nacional' de la protección jurídica al consumidor en los Estados miembros, de la cual se lamentan, cada vez con mayor frecuencia, las instituciones de la Comunidad<sup>112</sup>.

Oponerse a la fragmentación 'sistemática' del derecho contractual —ejercer "presión para crear un cuerpo de derecho europeo más coherente... que no introduzca el énfasis artificial y exclusivo en la protección al consumidor"<sup>113</sup>— es una política sana. Y la evolución del derecho contractual europeo que se ha descrito en estas páginas —que pone en discusión la posición del contrato con el consumidor como cuerpo separado al interior de la disciplina general del contrato— va precisamente en esta dirección, en el sentido que podría ayudar a recuperar un nivel superior de unidad y coherencia al sistema de derecho contractual<sup>114</sup>.

legal occidental: "poderoso, exitoso, triunfante, cínico, quizá secretamente travieso, pero inteligente. Un luchador dedicado a la victoria. Dominante", M.V. DE GIORGI, *Principi, "acquis" e altro*, en *Europa e diritto privato*, 2008, p. 652.

<sup>111</sup> Ver de nuevo, LOOS, *supra* pie de página 1, p. 519 ss., quien recalca la "fastidiosa influencia del derecho europeo" en la coherencia de los sistemas jurídicos nacionales.

<sup>112</sup> El Principio VII del *Small Business Act* prescribe que "la Comisión... trabajará para eliminar la fragmentación de las normas de protección de los consumidores". Y una señal aún más significativa se encuentra en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña la propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores de octubre de 2008. En el resumen de la evaluación de impacto, el obstáculo legislativo más importante para la completa realización del mercado interno en lo que respecta a las relaciones B2C lo constituye la "fragmentación de las leyes nacionales que regulan las transacciones de los consumidores"; y "las cláusulas de armonización mínima que contienen las Directivas en materia de consumidores son la causa principal de dicha fragmentación". (2: ver también considerando 6-8 de la propuesta de Directiva). Por consiguiente, la propuesta introduce en su art. 4 la innovación radical de la cláusula de armonización plena. Esta perspectiva es desaprobada por J. W. RUTGERS/ R. SEFTON-GREEN, *Revising the Consumer Acquis: (Half) Opening the Doors to the Trojan Horse*, en *European Review of Private Law*, 2008, pp. 427 ss., MICKLITZ/ REICH, *supra* pie de página 18, pp. 474 ss. El *Manifiesto* sobre "Justicia social en el derecho contractual europeo" también se opone a la estrategia de la armonización plena.

<sup>113</sup> COLLINS, *supra* pie de página 34, pp. 439.

<sup>114</sup> Esta es la razón por la cual, aun cuando puedo estar de acuerdo con la mayoría de decisiones sustanciales en las cuales se basa la política, no me entusiasman las propuestas técnicas que implican una centralidad muy marcada y una profunda separación del derecho de los contratos con el consumidor en relación con el derecho contractual en general, como aquella de crear (en lugar de un cuerpo armonizado de derecho contractual general europeo) una "disciplina europea de derecho de los contratos con el consumidor (ECCLR)", N. REICH, A

## XI. OBSERVACIONES FINALES

En la frase final de la sección precedente escribimos que la evolución del derecho contractual europeo de la que se ha hablado en este documento, *puede* ayudar al derecho contractual a recobrar unidad y coherencia. Sin embargo, su éxito no está garantizado. Existe el riesgo que dicha evolución, *i.e.* la pérdida de centralidad de la categoría del contrato con el consumidor, en lugar de disminuir, aumente la fragmentación actual del derecho contractual. Todo depende de la forma en la cual se llevará a cabo el proceso y de sus resultados finales. Respecto a esto, se puede imaginar dos escenarios (opuestos) de la evolución normativa.

**1. ¿Recobrar la unidad/coherencia o aumentar la fragmentación? Sobre los resultados finales de la Law Commission inglesa sobre cláusulas contractuales abusivas**

El primer escenario implica un multiplicarse de disciplinas dedicadas, especialmente, a los contratos desequilibrados B2B. Si esta será la tendencia que prevalecerá, temo que los resultados que se producirán estarán en contraste con la apreciable recuperación de la unidad y de la coherencia del sistema. Además de la normatividad sobre el contrato en general, el sistema tendría no sólo una disciplina especial —contratos B2C—, ya existente, sino dos —contratos B2C y contratos desequilibrados B2B—, ambas diferentes de la disciplina del contrato en general y además diferentes entre ellas. El sistema de derecho contractual no recuperaría su unidad y coherencia, sino que sufriría una fragmentación adicional.

La unidad y la coherencia sistemáticas se recuperarían, si la evolución en curso se dirigiera hacia un escenario diferente a saber, hacia disciplinas generales sobre contratos desequilibrados entre sujetos del mercado fuertes y débiles, sin importar cuál sea el estatus de la parte débil (consumidor o empresa).

Estas son, exactamente, las dos opciones alternativas consideradas por la *Law Commission* inglesa, en el marco del trabajo de reforma de la legislación sobre cláusulas contractuales abusivas, donde la solución 'fragmentaria' (régimen especiales diferentes: uno para los contratos B2C, otro para los contratos con microempresas —que se diferencia levemente del anterior— y otro para los contratos B2B entre grandes empresas) al final, prevaleció sobre la solución 'unitaria' propuesta originalmente por la Comisión (un régimen común para los contratos B2C y B2B)<sup>115</sup>.

En cuanto al material proveniente del contexto europeo, de una parte los PECL y de otra el acervo comunitario caracterizado por una política de protección al

*European Contract Law, or an EU Contract Law Regulation for Consumers?* en *Journal of Consumer Policy*, 2005, pp. 383 ss., especialmente pp. 398 ss.

<sup>115</sup> Y, por otra parte, un régimen adicional diferente para los contratos P2P. Ver *supra* pie de página 100.

cliente (disciplina de los contratos S2C), son ejemplos emblemáticos de la solución unitaria; mientras que el DCFR muestra gran entusiasmo respecto a la solución fragmentaria<sup>116</sup>.

## 2. Una discusión italiana: contrato asimétrico vs. 'tercer contrato'

Una discusión similar se está llevando a cabo, desde hace varios años, entre los estudiosos italianos de derecho contractual. Los lemas que resumen el debate son: 'contratos asimétricos' vs. 'tercer contrato'.

Quienes hablan de 'tercer contrato' se refieren a un contrato (con su disciplina específica) que debe distinguirse del contrato en general y del contrato con el consumidor. Este 'tercer contrato' cobija, básicamente, el área de los contratos desequilibrados B2B. El punto central de esta doctrina consiste en que la protección de la parte débil en las relaciones entre empresas con diferente poder contractual, implica un paradigma normativo diferente del que se aplica para proteger a los consumidores frente a las empresas<sup>117</sup>.

Por el contrario, los que tienen en cuenta la categoría, más general, del 'contrato asimétrico', reconocen una importante convergencia (de objetivos y técnicas de protección de la parte débil) entre los contratos B2C y los contratos desequilibrados B2B. Por lo tanto, aceptan la posibilidad de formar un paradigma normativo tendencialmente unitario, capaz de contener el entero universo de las relaciones contractuales entre los actores del mercado, separados por asimetrías de información u otros factores de mercado que generan una desigualdad significativa de poder contractual<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> Adoptando una arquitectura realmente complicada –estilo barroco o ¿tal vez estilo Sagrada Familia?– que lacera el sistema de derecho contractual en siete clases diferentes de contratos (con sus correspondientes regímenes) según el estatus socio-económico de las partes contratantes. Ver *supra* pie de página 84.

<sup>117</sup> Esta es la posición en la cual se basan la mayoría de contribuciones recopiladas en G. GITTI/G. VILLA (eds.), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008. De otro lado, ver A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza* en *Rivista di diritto civile*, 2008, 1, pp. 536-541; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari*, en *Rivista critica di diritto privato*, 2005, pp. 557 ss.

<sup>118</sup> V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, en V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 2 ed., TORINO, 2005, pp. 23 ss., especialmente pp. 51 ss.; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)* en *Rivista di diritto privato*, 2007, pp. 669 ss., específicamente pp. 682 ss. Ver también, P. SIRENA, *La categoria dei contratti di impresa e il principio della buona fede*, en *Rivista di diritto civile*, 2006, 1, pp. 415 ss.; A. GENTILI, *I contratti di impresa e il diritto comune europeo*, en *Rivista di diritto privato*, 2006, pp. 21-24; G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, en *Rivista di diritto privato*, 2005, pp. 749 ss.; F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, en *Rivista di diritto privato*, 2002, pp. 721 ss.

El contenido del paradigma normativo de los contratos asimétricos proviene, en gran parte, de la legislación sobre los contratos con el consumidor; a la luz de esto, se puede hablar de una *consumerisation* de todos los contratos empresariales (mercantiles) desequilibrados. Desde el punto de vista histórico, este proceso representa una especie de triunfo del contrato con el consumidor. Sin embargo, podría representar, contemporáneamente, desde el punto de vista sistemático, su debilitación, como categoría central en el derecho contractual moderno y en perspectiva, su desaparición y sustitución por la categoría de los contratos asimétricos.

Actualmente existe un debate sobre si el derecho del consumidor de la Comunidad Europea ha o no “alcanzado la mayoría de edad”<sup>119</sup>. Más que la mayoría de edad, mi temor es que haya pasado su esplendor y esté cayendo en una especie de declive. En sentido figurado, el contrato con el consumidor es como un abejorro en un mundo de abejas: luego de haber fertilizado abundantemente el sistema de derecho contractual moderno, no logró sobrevivir al cumplimiento de su función y murió. O si se prefiere un final menos infeliz, éste sobrevivirá únicamente si se transforma en una categoría nueva y más general como es la del contrato asimétrico.

### 3. Un precedente histórico: la unificación y *commercialisation* del derecho contractual en el *Codice Civile* de 1942

Los italianos ya conocemos una historia como esta. Me refiero al proceso de codificación del derecho privado a mediados del siglo XX. Hasta los años cuarenta, el derecho contractual europeo estaba dividido en dos: el derecho de los contratos comerciales, cuando las partes eran comerciantes, contenido en el Código de Comercio de 1882 y el derecho privado aplicable a los contratos entre particulares, prescrito en el *Codice civile* de 1865. En 1942, entró en vigencia un nuevo Código Civil, derogando, contemporáneamente, no sólo el viejo Código Civil de 1865, sino también el Código de Comercio de 1882, cuyo contenido, en realidad, no fue reemplazado. En efecto, esta maniobra legislativa dio como resultado la unificación del derecho contractual italiano en un único código (civil); sin embargo, también ocasionó la *commercialisation* del derecho contractual italiano, en el sentido que el derecho contractual en el nuevo Código Civil extrajo su contenido, en gran medida, del derecho contractual prescrito en el viejo Código de Comercio.

La *commercialisation* del derecho contractual a mediados del siglo XX y la *consumerisation* que inició en los años noventa, parecen ser el resultado de procesos similares. En los dos se puede observar:

<sup>119</sup> G. HOWELLS/ T. WILHELMSSON, *EC consumer law: has it come of age?* en *European Law Review*, 2003, pp. 370 ss. (Un diálogo virtual con J. STUYCK, *European consumer law after the Treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market?*, en *Common Market Law Review*, 2000, p. 399).

i) Un nuevo régimen legal particular, más avanzado que el viejo régimen general (el derecho contractual del Código de Comercio era moderno frente al derecho contractual del viejo Código Civil, de la misma forma que lo es el derecho del consumidor frente al derecho contractual parte general);

ii) La expansión progresiva de dicho régimen con un alcance más amplio del que tenía originalmente (una vez trasplantado en el nuevo Código Civil, la mayor parte del derecho contractual del viejo Código de Comercio comenzó a aplicarse no sólo a los contratos comerciales, sino en general a todos los contratos, de la misma forma en la que la disciplina concebida para el contrato con el consumidor únicamente, tiende a expandirse más allá de las operaciones B2C);

iii) Los dos procesos se fundamentan en la misma razón, *i.e.* el reconocimiento de ciertas necesidades que originalmente habían nacido o habían sido percibidas con referencia a un área específica, limitada (el área de los *actes de commerce*, el área de las relaciones B2C) y que luego se expandieron o fueron percibidas como importantes en un área más amplia (la totalidad de las relaciones cobijadas por el derecho privado y respectivamente, la totalidad de las relaciones de mercado desequilibradas, incluyendo los contratos B2B y los S2C).

Queda por ver si, y cuando, se dará la convergencia también en el resultado final de los dos procesos. El derecho contractual del Código de Comercio, al fertilizar el nuevo Código Civil, perdió su estatus y su autonomía como disciplina y de algún modo sobrevivió dentro de ella. ¿El contrato con el consumidor también morirá y de alguna forma renacerá dentro de la nueva categoría del contrato asimétrico?

"¿Muerte y/o transfiguración del contrato con el consumidor?" podría haber sido un posible título para este artículo.

#### **4. Transferir la discusión de una dimensión insular/peninsular a una dimensión continental**

En mi opinión, esta área de discusión es interesante. Sin embargo, con el objetivo de obtener resultados más maduros y confiables, se debe trabajar más y son necesarias más contribuciones. Espero, entonces, que la discusión sobrepase las fronteras de la isla (británica) y de la península (italiana), donde hasta hoy se ha restringido y entre en un contexto más amplio (continental), convirtiéndose en una discusión europea.